

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU RANG
DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 26 Mai 1913, à 1 h. 1/2

PAR

Pierre VINÉE

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

Président : M. R. PHÉDELIEVRE, PROFESSEUR

Suffragants :

} MM. MASSIGLI, PROFESSEUR
BERNARD, AGRÉGÉ

PARIS

OLLIER-HENRY

IMPRIMEUR-ÉDITEUR

26, Rue Monsieur-le-Prince, (VI^e Ar^o).

1913

Thiele Paris

1913

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DU RANG
DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 26 Mai 1913, à 1 h. 1/2

PAR

Pierre VINÉE



LICENCIÉ ÈS LETTRES
LAURÉAT DE LA FACULTÉ

Président : M. R. PIÉDELIÈVRE, PROFESSEUR

Suffragants : { MM. MASSIGLI, PROFESSEUR
BERNARD, AGRÉGÉ

PARIS
OLLIER-HENRY
IMPRIMEUR-ÉDITEUR

26, Rue Monsieur-le-Prince, (VI^e Ar^t). -- PARIS.

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le système du Code civil sur la publicité en matière hypothécaire, issu des discussions entre partisans du maintien de la loi du 11 brumaire an VII et défenseurs de l'ancien droit, constitue une transaction entre deux principes absolus. Ni clandestinité complète ni publicité intégrale, telle est sa formule. Le principe, enfin définitivement maintenu après les essais infructueux des derniers représentants de la monarchie et la loi passagère de brumaire, c'est la publicité qui sauvegarde les droits des tiers ; mais, craignant de rompre avec la longue tradition protectrice des incapables, le législateur a renoncé à suivre jusqu'au bout la loi de brumaire : les hypothèques des incapables restent dispensées d'inscription.

C'est de cette exception au principe général de la publicité que naît pour les personnes en tutelle, mineurs

et interdits, et pour la femme mariée la question particulière que nous nous proposons d'étudier.

Pour les hypothèques assujetties à l'inscription, hypothèques conventionnelles, judiciaires, hypothèques légales de l'Etat, des communes et des établissements publics, le rang constitue en effet, pour ainsi dire, une des sanctions de la publicité. Seule, l'inscription rend l'hypothèque opposable aux tiers, et c'est l'ordre des inscriptions qui détermine le rang des créanciers. L'article 2134, qui consacre ces solutions, n'a pas besoin d'un long commentaire.

Mais comment déterminer le rang des hypothèques accordées par la loi aux incapables ? On ne peut plus résoudre cette question en consultant les registres des conservateurs, puisqu'il n'y aura pas nécessairement d'inscription prise et que, les personnes auxquelles la loi donne l'ordre ou accorde la faculté d'inscrire ces hypothèques eussent-elles accompli cette mesure conservatoire, l'inscription n'aurait, au regard des tiers, aucune influence sur la conservation du droit hypothécaire.

Il était nécessaire que la loi, abandonnant ici la règle de l'article 2134, fixât elle-même le rang hypothécaire qu'elle entendait attribuer aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées.

En ce qui concerne ces dernières, l'article 2135, siège de la matière, ne soulèverait guère de difficultés d'interprétation, s'il avait prévu tous les cas où la femme peut invoquer une hypothèque contre son mari et déterminé

pour chacun le rang de sa garantie, ou s'il s'était borné à une formule générale.

Malheureusement, ce n'est pas sous forme d'un principe, ni d'une énumération complète, qu'est rédigé ce texte. Il prévoit seulement certaines causes, plus ou moins compréhensives, de créances de la femme mariée contre son mari et donne le rang de l'hypothèque pour chacune de ces créances.

Que décider lorsque l'article 2135 est muet ? Faut-il, l'interprétant restrictivement, revenir, pour les cas qu'il n'a pas prévus, au principe de l'article 2134 et exiger une inscription qui déterminera le rang de l'hypothèque ? Faut-il chercher dans son 2^e, 1^{er} alinéa, une règle générale englobant toutes les créances pour lesquelles il ne fixe pas un rang spécial ? Faut-il y voir des solutions d'espèces, ou les conséquences d'un principe que le Code n'a pas posé, mais qu'on peut inférer logiquement de ses solutions et appliquer aux espèces dont il ne parle pas ?

Cette énumération des systèmes auxquels a donné naissance l'interprétation de notre article montre quelle faible clarté projettent ses termes mêmes sur la question du rang de l'hypothèque légale de la femme mariée. Une explication purement littérale risquerait d'être bien insuffisante, si l'on ne cherchait la pensée des rédacteurs de l'article 2135, telle qu'elle a pu se manifester au cours des travaux préparatoires.

Il nous paraît intéressant de remonter au-delà du Code civil et d'esquisser à grands traits le tableau de la

situation hypothécaire de la femme mariée en droit romain, dans notre ancienne jurisprudence et pendant la période intermédiaire.

L'état de dépendance ou d'incapacité des femmes mariées et des personnes en tutelle est la justification de la dispense d'inscription accordée à leur hypothèque. Cette idée devait logiquement conduire au rétablissement du principe général de la publicité lorsque cesse la dépendance ou l'incapacité. Nous aurons à montrer comment, après diverses tentatives infructueuses sur ce point, la loi du 23 mars 1855 a consacré cette réforme nécessaire.

Depuis cette époque, l'article 2135 du Code civil ne règle plus le rang hypothécaire de la femme que pendant la durée du mariage. Quand se produisent les événements que nous aurons à déterminer, le texte applicable est l'article 8 de la loi de 1855.

De cet exposé général se dégage notre plan. Nous diviserons ce travail en trois parties.

En raison des difficultés théoriques d'interprétation de l'article 2135, nous consacrerons aux divers systèmes proposés une partie spéciale, dans laquelle nous engloberons un aperçu historique et le récit des travaux préparatoires de cet article.

Dans la deuxième partie, nous examinerons le rang de l'hypothèque dispensée d'inscription, en commentant l'article 2135 et en y ajoutant les hypothèses qu'il n'a pas prévues.

Enfin, l'étude des cas d'application et de la sanction de l'article 8 de la loi de 1855, c'est-à-dire l'hypothèque soumise à la publicité, fera l'objet de la troisième partie (1).

(1) Nous croyons inutile de dresser une bibliographie des ouvrages consultés : la plupart sont les traités généraux de droit civil. Pour alléger les renvois, nous les avons cités par le seul nom de l'auteur ; à défaut d'indication contraire, pour les traités comportant une table son spéciale à chaque matière, la référence se rapporte à la table son de la matière des hypothèques.

PREMIERE PARTIE

QUESTIONS GÉNÉRALES

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

§ 1^{er}. — Droit romain

Avant Justinien, la femme n'avait pas d'hypothèque pour la garantie de sa dot. La restitution, à partir de l'époque où elle fut admise, était assurée par l'action *ex stipulatu* ou l'action *rei uxoriæ*. Cette dernière seule lui donnait un avantage sur les autres créanciers, sous forme d'un simple *privilegium inter personales actiones* (1), qui lui permettait de primer uniquement les créanciers chirographaires. Mais en vertu de la *loi Julia*, le mari ne peut plus aliéner seul le fonds dotal italique : la femme exerçant son privilège se fait céder la propriété

(1) D., 23, 3, *De jure dotium*, 71.

du bien repris par le mari à l'acquéreur ou l'action en revendication contre ce dernier.

Justinien s'efforça d'assurer plus énergiquement à la femme la restitution de sa dot. Par une constitution de 529 (1), il lui accordait sur les biens dotaux existants, expression dont l'interprétation est discutée, une action en revendication et une action hypothécaire privilégiée.

L'année suivante (2), il établit l'inaliénabilité des immeubles dotaux même avec le consentement de la femme. En même temps, il étend l'hypothèque à tous les biens appartenant au mari, en fixant son point de départ au jour du mariage.

Enfin, en 531 (3), la célèbre constitution *Assiduus* fait de cette hypothèque une hypothèque privilégiée, primant les créanciers du mari même antérieurs au mariage.

Cette dernière loi surtout a été vivement critiquée. Elle ruinait, a-t-on dit, le crédit des célibataires après celui des hommes mariés.

La donation à cause de nocces (4) et les paraphernaux dont la femme laisse au mari l'administration et la jouissance (5) sont aussi garantis, depuis Justinien, par une hypothèque sur les biens du mari, mais non privilégiée.

(1) C., 5, 12, *De jure dotium*, 30.

(2) *Inst.*, 4, 6, *De actionibus*, 29.

(3) C., 8, 17, *Qui potiores*, 12.

(4) C., 8, 12, *De jure dotium*, 29.

(5) C., 8, 14, *De pactis conventis*, 11.

§ 2. — Ancien droit

Dans notre ancien droit, le privilège exorbitant de la loi *Assiduis* ne se maintint que dans le ressort du Parlement de Toulouse : la femme y prime, pour la restitution de sa dot, les créanciers du mari même antérieurs au mariage.

Partout ailleurs, il disparut.

Mentionnons cependant une hypothèse où la femme passe avant les créanciers antérieurs du mari.

L'arrêté 18 de Lamoignon sur le douaire, cité par Poullain du Parc (1), porte que « la dot, l'augment de dot et le douaire seront payés, par privilège, sur le prix des immeubles donnés au mari par son contrat de mariage, même avant les créanciers du mari antérieurs en hypothèque. Mais à l'égard du remploi des propres, préciput, gain de survie et autres conventions, la femme viendra en son ordre d'hypothèque après les créanciers antérieurs. »

Poullain du Parc nous donne l'explication de ce privilège. « En donnant ce bien à son fils par le même contrat qui porte les stipulations pour la dot et pour le douaire, le père a eu intention qu'il fût hypothéqué pour la sûreté de ces conventions et l'on ne peut pas présumer que le père ait voulu l'hypothéquer aux créan-

(1) *Coutumes générales de Bretagne*, éd. de 1748, III, sur l'article 471, p. 290 et 291, note D. Cf. Renusson, *Du Douaire*, ch. 8, n° 11.

ciers de son fils préférablement aux conventions du mariage pour lequel il lui a fait ce don. »

Il l'admet, non sans hésitation, pour le même motif, lorsque le mari recueille, en vertu d'un nouveau titre, dans la succession de son père, l'immeuble qui lui avait été constitué en dot par avancement d'hoirie, et bien que, dans le contrat de mariage, le père ne se soit pas obligé personnellement pour la sûreté de la dot et du douaire.

Sous réserve de cette observation, le rang hypothécaire de la femme se déterminait en principe suivant une distinction : quand il y a contrat de mariage notarié, l'hypothèque date du jour de sa rédaction ; à défaut de contrat, elle part de la célébration du mariage.

La première règle est le corollaire du principe que tout acte notarié emporte hypothèque, lorsqu'il constate obligation, même si cette garantie n'est pas stipulée. Le père qui constitue une dot à sa fille est tenu hypothécairement sur tous ses biens présents et à venir ; de même, le mari est grevé, pour toutes les restitutions dont sa femme est créancière à la dissolution du mariage, d'une hypothèque générale et tacite, prenant son point de départ dans l'acte notarié.

L'attribution de ce rang à l'hypothèque légale de la femme se rattache bien au principe de l'hypothèque tacite des actes notariés : de simples articles sous seings privés n'emportent pas hypothèque au profit de la fem-

me (1), si ce n'est du jour où ils sont reconnus devant notaire ou en justice : ils n'ont pu auparavant bénéficier de l'hypothèque tacite attachée aux actes publics.

A défaut de contrat notarié, notre ancien droit accordait à la femme une hypothèque au jour de la célébration du mariage : c'est l'hypothèque légale du droit romain, débarrassée du privilège dont Justinien l'avait favorisée.

De droit commun, le rang, fixé comme nous venons de le dire, était unique. Pour toutes ses créances, quelle qu'en fût l'origine, la femme avait hypothèque soit au jour du contrat de mariage notarié, soit au jour de la célébration du mariage : il en était ainsi pour les deniers stipulés propres (2), pour le préciput en cas de renonciation à la communauté (3), pour la donation faite à la femme par le contrat de mariage et pour le douaire (4), pour les apports que le contrat de mariage lui laissait la faculté de reprendre en renonçant à la communauté (5).

En ce qui concerné les apports tombés en communauté et dont la femme se réservait la reprise, Duplessis (6) trouve dur qu'on lui accorde hypothèque

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, livre VI, titre 6, éd. de 1770, II, p. 532.

(2) Bourjon, I, p. 613 ; Duplessis, *De la communauté*, livre 2, ch. 1, sect. 2, p. 427 ; Renusson, *Tr. des propres*, p. 466, n° 26.

(3) Bourjon, I, p. 632 et 661 ; Duplessis, p. 454.

(4) Bourjon, I, p. 634 ; Duplessis, p. 429.

(5) Bourjon, I, p. 649.

(6) Duplessis, p. 427.

du jour du contrat de mariage, c'est-à-dire avant même que la communauté n'ait été saisie de cet apport mobilier, et encore davantage pour ce qui est échu pendant le mariage et stipulé propre.

Mais Bourjon (1), qui rapporte cette critique, approuve les solutions adoptées par la jurisprudence. « C'est, dit-il, une observation singulière, d'autant plus que les réflexions de cet auteur portent bien plus à plomb sur l'indemnité que sur la reprise d'un apport, et que sur l'indemnité même ces observations ne sont d'aucune considération, toutes les reprises de la femme ayant leur première racine dans le contrat de mariage qui a produit hypothèque... »

Cette allusion à l'indemnité rappelle des controverses qui s'étaient élevées sur le rang hypothécaire de la femme pour son recours en indemnité des dettes par elle contractées avec son mari et pour la valeur de ses propres aliénés sans emploi.

En ce qui concerne ces reprises, la jurisprudence, avant d'en arriver à fixer invariablement l'hypothèque au jour du contrat de mariage ou du mariage, avait d'abord fait des distinctions : cette rétroactivité ne fut primitivement admise que lorsque le contrat de mariage la stipulait (2) ; puis elle fut adoptée en l'absence même de cette clause (3) ces solutions furent enfin étendues à

1) Bourjon, p. 670.

(2) Pothier, éd. Bugnet, tome VII, *De la Communauté*, n° 764, p. 380.

(3) Pothier, n° 764 ; d'après lui, la solution est définitive en pratique depuis un arrêt du 5 juillet 1681. Bourjon, I, p. 619 ; Duplessis, p. 431 ; Lebrun, *De la Communauté*, nos 47 et 51, p. 311.

la femme séparée de biens, même pour les dettes par elle contractées après le jugement prononçant la séparation (1).

Ces décisions extensives et leur point de départ même n'avaient pas été sans soulever des critiques qu'un passage de Bourjon (2) nous rappelle. « Monsieur le président Miron, en des remontrances à Louis XIII, s'est récrié non seulement contre cette jurisprudence portant une rétrogradation d'hypothèque en faveur d'une femme qui a contracté, étant en communauté, et qu'on a depuis étendue à la femme séparée, comme on le verra par la suite ; mais il s'est même récrié contre les clauses insérées dans les contrats de mariage, par lesquelles on stipulerait cette rétrogradation d'hypothèque ; en effet, elle a de grands inconvénients à l'égard des créanciers, outre qu'elle jette les maris dans une espèce d'interdiction, qui, sous prétexte de cette indemnité, n'ont plus la liberté d'emprunter sans la participation de leur femme, tout créancier qui n'a que le mari pour obligé connaissant bien que son débiteur, faisant postérieurement à son titre engager sa femme avec lui, lui peut enlever son gage ; elle a encore cet autre inconvénient dans le droit, qu'elle donne un effet rétroactif hypothécaire dans

(1) Pothier, n° 765 ; Lebrun, livre 3, ch. 1^{er}, section 2, dist. 6, n° 7, qui rapporte des arrêts en ce sens des 6 sept. 1653, 26 août 1656 et 25 juillet 1699. Un arrêt du 8 juin 1674, cité par Pothier, ne donnait l'hypothèque du contrat de mariage que pour les obligations antérieures à la séparation. — Pour le remploi : Bourjon, *loc. cit.* ; Lebrun, n° 24, p. 306.

(2) Bourjon, I, p. 664.

un temps auquel l'action personnelle n'était pas encore née... »

L'objection tirée de la ruine du crédit du mari est aussi présentée par Lamoignon (1), qui ajoute : « Supposé qu'il n'y ait point de mauvaise humeur de la part de la femme, si elle est mineure de vingt-cinq ans et incapable de s'obliger, le mari se trouvera dans l'impuissance d'emprunter dix écus, à cause des obligations que la femme, parvenue en majorité, pourra faire avec son mari, au préjudice et à la mine des créanciers particuliers de son mari, quoique antérieurs en hypothèque. »

Même une fois consacrées par une longue suite d'arrêts, les solutions de la jurisprudence sont encore critiquées par des représentants autorisés de la doctrine. Pothier (2) reprend l'objection « dans le droit » et l'étend à l'indemnité en cas de vente volontaire : l'hypothèque ne peut précéder l'obligation dont elle est l'accessoire ; or l'obligation du mari d'indemniser sa femme ne naît qu'au jour où celle-ci s'est engagée.

La jurisprudence avait déjà passé par-dessus ces difficultés. « Sans cela, ajoute Bourjon dans le passage que nous venons de citer, les femmes seraient facilement dépouillées de leur dot, et la conservation d'icelle est de droit public et favorable ; cette faveur l'a emporté sur les principes et les raisons qu'on vient d'alléguer. »

1) *Arrêts*, éd. 1702, I, p. 291 et 292.

2) Pothier, n° 763 : cf. n° 610.

On tentait d'étayer ces solutions de « faveur » sur des arguments théoriques. Si la femme passe avant les créanciers du mari pour son indemnité des ventes, c'est que « les conquêts sont présumés acquis des deniers provenant de l'aliénation de son propre ; juste présomption, qui jointe à la loi qui est générale fonde son hypothèque. » (1)

Pour justifier la jurisprudence relative à l'indemnité des dettes, « on dit qu'un homme, en se mariant, contracte envers sa femme l'obligation de lui restituer sa dot franchement après la dissolution de la communauté ; il s'oblige *dotem salvam fore*. Or cette obligation de lui rendre sa dot franchement renferme celle d'acquitter la femme des dettes par lesquelles sa dot pourrait être entamée, et qui empêcheraient qu'elle ne l'eût franchement. » (2)

« Cette jurisprudence, ajoute Bourjon (3), est fondée sur ce que cette indemnité est parmi nous un reste précieux du Velléien, et que c'est du jour du contrat, ou au défaut du contrat, du jour de la célébration, que le mari est légalement assujetti à garantir la dot, c'est-à-dire les propres de sa femme, de ces engagements. »

Cet auteur n'admet pas sans réticences l'extension de cette jurisprudence à la femme séparée de biens ; on la lui a appliquée « par la soumission qu'on lui sup-

(1) Bourjon, I, p. 619.

(2) Pothier, n° 764.

(3) Bourjon, I, p. 664.

pose ; c'est porter bien loin cette rétrogradation d'hypothèque, mais quoi la séparation de biens ne met pas la femme hors de la dépendance ?.....

« Cela est fondé sur ce que la séparation de biens ne change pas le véritable état des conjoints ; c'est la puissance de l'un et la dépendance de l'autre, qui subsiste toujours nonobstant la séparation et qui fonde cette juste rétrogradation d'hypothèque qui cependant dans la réalité par rapport à ce cas, est plus juste faveur que vrai droit, ou du moins une favorable interprétation. » (1)

On ajoute, dit Pothier (2), qui repousse d'ailleurs cette solution comme les précédentes, que « le mari demeure toujours obligé à la conservation de la dot, par l'obligation qu'il en a contractée en se mariant... La séparation ayant pour fin de conserver la dot de la femme, on ne doit pas lui donner un effet contraire à cette fin, en privant la femme d'une hypothèque qu'elle aurait pour son indemnité, si elle n'était pas séparée. »

Ces solutions furent naturellement appliquées aux cas d'exclusion de communauté et de séparation contractuelle (3).

Si, au jour de l'obligation, le mari est en faillite ou notoirement insolvable, ou si l'obligation est postérieure à la saisie réelle de ses biens, l'article 4 des Mercuriales du Parlement de Paris de 1661 ne donne l'hy-

1) Bourjon, I, p. 664 et 665.

2) Pothier, n° 765.

3) Bourjon, I, p. 666 ; Lebrun, n° 20, p. 453.

pothèque qu'à la date de l'obligation, pour éviter des fraudes trop faciles (1).

Lebrun (2) attribuait à la femme renonçante une hypothèque remontant au contrat de mariage pour les dettes de communauté acquittées par elle. Mais cette solution était avec raison combattue par Pothier et Bourjon (3) : le mari n'a jamais été tenu comme tel d'indemniser sa femme, puisqu'elle n'a payé qu'après la dissolution du mariage une dette à laquelle sa renonciation la rendait étrangère.

Le système d'une hypothèque à rang unique était celui de droit commun. Seules, les Coutumes de Normandie et de Bretagne, pour le prix de vente, n'accordaient hypothèque qu'à la date de l'aliénation.

Les articles 539 (4) et 542 (5) de la Coutume de Normandie consacraient, à cet égard, une distinction.

S'il s'agit de la dot, on suit, même pour les aliénations, le principe général : l'hypothèque prend rang au

(1) Bourjon, *loc. cit.*

(2) Lebrun, n° 23, p. 461.

(3) Pothier, n° 768 ; Bourjon, *loc. cit.*

(4) *Art. 539.* — « Si la dot de la femme a été aliénée en tout ou partie et que les deniers ne soient convertis à son profit, elle aura récompense du juste prix sur les biens de son mari, du jour du contrat de mariage ou célébration d'icelui . »

(5) *Art. 542.* — « Et quant à tous autres biens immeubles appartenant aux femmes, autres que leur dot, soit à droit de succession, donation, acquisition ou autrement, s'ils sont aliénés par la femme et le mari ensemble, ou par la femme du consentement et autorité de son mari, et que l'argent provenant de la vente n'ait été converti au profit de la femme, comme dessus est dit, elle doit avoir sa récompense sur les biens de son mari, mais l'hypothèque prend seulement pied du jour de l'aliénation.... »

jour du contrat de mariage et, à défaut, au jour du mariage. D'après Basnage (1), il n'est même pas nécessaire que le contrat de mariage soit reconnu. Le règlement de 1600 qui, pour la dot, ne donne hypothèque que de la reconnaissance, a voulu éviter que le mari ne frustrât ses créanciers par une dot prétendue reçue ; cette fraude est impossible pour la vente, nécessairement passée ou reconnue devant notaire.

Le mot « dot » est entendu dans un sens large. On y comprend, d'après Basnage, non seulement les immeubles, spécifiés ou non, dont la femme est saisie au moment du mariage, mais les successions mobilières ou immobilières qui lui échoient, en ligne directe, au cours du mariage. Cet auteur fait allusion à une controverse née sur ce point du mot « succession » employé dans l'article 542. Mais cette solution, dit-il, « est un usage certain en Normandie » ; il cite en ce sens des arrêts des 24 mai 1661, 13 février 1666 et 24 juillet 1765 (2). Cette solution s'appuie, d'après lui, sur cette idée que « la succession des pères et des mères est si bien réputée le propre bien des enfants qui leur doivent succéder qu'à cause de cette espérance certaine qu'ils ont de les posséder quelque jour, ils en sont réputés les maîtres et les propriétaires du vivant même de leurs père et mère. »

Pour les aliénations de biens non compris dans la

(1) Basnage, *Comment. sur la Coul. de Normandie*, Œuvres, édit. de 1778, II, p. 472.

(2) Basnage, *Eod. loc.*, et *Tr. des Hypothèques*, II, p. 48.

dot, l'hypothèque de la femme ne date que de la vente.

Basnage cherche le motif de cette distinction.

« On peut alléguer pour raison de cette différence que la Coutume constitue entré la dot et les autres biens de la femme, que la dot est en quelque façon de l'essence du mariage ; que c'en est une suite et un effet, et qu'ils ont une corrélation l'une à l'autre, *nec matrimonium erat sine dote, nec dos sine matrimonio* ; et d'autant que par le droit romain la dot était inaliénable, la Coutume donnant ce pouvoir au mari de l'aliéner du consentement de sa femme, pour empêcher qu'elle ne soit préjudiciée par cette liberté qu'elle accorde à son mari, elle lui en donne en même temps un remploi sur les biens de son mari ; et afin que ce droit de remploi ne lui fût pas rendu inutile, elle lui accorde l'hypothèque du jour de son contrat de mariage ou de la célébration d'icelui. »

La solution de l'article 539 lui paraît cependant présenter des dangers. « Après l'expérience que nous en avons tous les jours, l'on ne peut douter qu'il ne fût très utile de n'accorder cette hypothèque que du jour des contrats auxquels la femme a consenti, nonobstant même qu'elle eût stipulé cette hypothèque par son contrat de mariage. Cette jurisprudence ne favorise-t-elle pas les fraudes, et n'ouvre-t-elle pas la porte à des trompeurs dont l'on ne peut jamais se garantir, quelque précaution dont l'on puisse user ? Un mari après avoir engagé son bien à ses créanciers, ou après en avoir traité avec des acquéreurs de bonne foi, pour les dépos-

séder, vendra le bien de sa femme et en mettra les deniers à couvert, et ensuite par le moyen d'une séparation de biens qu'il fera obtenir à sa femme et de cette hypothèque que la Coutume lui donne du jour de son contrat de mariage, et qui ne peut être prescrite durant icelui, les acquéreurs de ce mari se trouveront dépouillés tout d'un coup d'un bien dont ils croyaient être assurés en vertu d'une possession paisible de 50 ou 60 années...

« ... Que si l'on objecte qu'il serait injuste que la femme souffrît la perte de son bien par la complaisance et l'affection qu'elle aurait eues pour son mari, ou par la contrainte dont on aurait usé pour obtenir son consentement, l'on répond que les femmes s'engagent volontairement dans l'assurance qu'elles ont de n'y rien perdre et que d'ailleurs sans courir aucuns risques, elles trouvent moyen de continuer leurs dépenses, ce qu'elles ne feraient si aisément si leur consentement leur était préjudiciable. » (1)

Du reste, observe le commentateur, en Normandie, même sans hypothèque au jour du contrat de mariage, la femme n'aurait rien à redouter, et les tiers qui auraient contracté avec son mari seraient en sûreté. Leurs intérêts ne sont pas lésés par le recours en indemnité pour dettes : sous la Coutume de Normandie, les engagements contractés par la femme dans l'intérêt de son mari sont nuls. Pour les aliénations, « si la femme ne peut être récompensée sur les biens de son mari, elle re-

1 Basnage, *Comment.*, II, p. 473.

tourne contre les détenteurs de ses immeubles, qui ne peuvent lui opposer son fait et son consentement, parce qu'il n'est valable qu'en cas qu'elle ne perde rien avec son mari. » Ainsi les acquéreurs du mari ne sont pas troublés ; ceux de la femme méritent moins de faveur « parce qu'ils n'ont point ignoré qu'elle ne pouvait rien perdre et qu'elle avait toujours son recours contre eux en cas d'insolvabilité du mari : ce qui fait qu'il est beaucoup plus juste de leur faire porter la perte, qu'aux acquéreurs des biens du mari, qui ne sont dépossédés que par fraude, ou en vertu de contrats postérieurs à leurs acquisitions. »

La jurisprudence accordait d'ailleurs aux acquéreurs du mari dépossédés par la femme la subrogation aux droits de celle-ci sur l'acquéreur postérieur de son bien propre.

L'inconvénient de la rétroactivité, remarque Basnage en passant, est encore plus grand dans les Coutumes qui admettent la validité des engagements de la femme et son recours en indemnité : quelque ancienne que soit une créance, quelque longue que soit une possession, la femme qui se sera obligée postérieurement avec son mari passera devant les créanciers hypothécaires et acquéreurs antérieurs.

La crainte de ces dangers pratiques fit ajouter à la Coutume de Bretagne, sous l'influence de d'Argentré et lors de sa réformation, un membre de phrase relatif au rang de l'hypothèque pour les ventes. L'article 439 est ainsi conçu :

« Et aura la femme la récompense de l'aliénation de son propre, eu égard à l'estimation des choses vendues, du jour du contrat et consentement par elle prêté, et courra l'hypothèque sur les biens du mari dudit jour. »

D'après le Commentaire de Poullain du Parc (1), en cas de vente par le mari seul, l'hypothèque prend date au jour de la ratification par la femme. Cet auteur rejette, comme contraire à l'esprit de la Coutume, la décision, rendue après un vif débat, d'un arrêt du 8 juillet 1673, qui se fondait sur la rétroactivité de la ratification pour faire remonter l'hypothèque au jour de la vente.

La Coutume de Bretagne ne fixait pas le rang de l'hypothèque pour l'indemnité des dettes contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari. Poullain du Parc remarque que « les auteurs français » la font remonter au jour du contrat de mariage. Mais il rattache cette hypothèse à celle de l'article 439 et, par identité de motifs, n'accorde l'hypothèque qu'à partir de l'obligation.

§ 3. — Période intermédiaire

La législation révolutionnaire transforma profondément le régime hypothécaire.

La loi du 9 messidor an III, article 17, supprima les

1) *Coutumes générales de Bretagne*, sur l'art. 439, p. 158.

hypothèques légales. «Nulle obligation ou titre de créance ne peut conférer hypothèque, s'il n'est fait par acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse, ou si, étant par acte privé, il n'a été reconnu par acte ou jugement public : en conséquence, il n'y a plus d'hypothèque tacite. »

L'hypothèque de la femme mariée avait donc la même source que les autres ; son rang se déterminait aussi d'après les règles du droit commun. Toute hypothèque est soumise pour son efficacité à une inscription sur les registres du conservateur des hypothèques de l'arrondissement (art. 19) ; elle prend date au jour de sa constitution, si l'inscription est prise dans le mois ; sinon, au jour de l'inscription (art. 22).

La loi du 11 brumaire an VII rétablit les hypothèques légales. Mais elles restent soumises à la publicité (art. 4) ; la spécialité de l'inscription, maintenant exigée pour les hypothèques conventionnelles, n'est cependant appliquée ni aux hypothèques légales, ni à l'hypothèque judiciaire (art. 17). C'est la date des inscriptions qui, pour toutes les hypothèques, détermine le rang (art. 2). L'inscription des hypothèques des incapables n'est pas soumise au renouvellement décennal, tant que dure le mariage ou la tutelle.

CHAPITRE II

PRINCIPE D'INTERPRÉTATION

DE L'ARTICLE 2135

Avant d'exposer et de discuter les divers systèmes proposés pour l'interprétation de l'article 2135, nous décrirons les travaux préparatoires, sur lesquels les différentes opinions prétendent s'appuyer. Nous croyons devoir les reproduire *in extenso*, d'après Fenet et Locré.

SECTION I

Histoire de l'article 2135

Les rédacteurs du projet de Code, répudiant sur ce point les règles de la loi du 11 brumaire an VII, avaient eu la pensée de rétablir le système de notre ancienne jurisprudence. Le titre des Privilèges et Hypothèques, dont la rédaction fut présentée par Treilhard au Conseil d'Etat, dans sa séance du 3 ventôse an XII (23 février 1804), portait dans son article 44 :

« L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription :

« 1^o

« 2^o Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles appartenant à leur mari et à compter du jour du mariage. » (1)

Il ne s'éleva au Conseil d'Etat, présidé par le Premier Consul, aucune discussion sur ce point. (2)

Cependant, pour des motifs non indiqués dans la discussion, le Conseil d'Etat vota, le même jour, l'article 44 dans cette forme légèrement différente :

« L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription :

« 1^o . . .

« 2^o Au profit des femmes, pour raison de leurs dot, *reprises* et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage. » (3)

Mais sur la communication officieuse qui lui fut faite, le 13 ventôse an XII (4 mars 1804), la section de législation du Tribunat présenta les observations suivantes :

« La section pense qu'il y aurait un grand inconvénient à laisser subsister d'une manière aussi indéfinie que le fait l'article du projet de loi l'hypothèque légale des femmes sur les biens des maris.

« Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque

(1) Fenet, XV, p. 335 et 336 ; Locré, XVI, p. 229.

(2) Fenet, XV, p. 363.

(3) Fenet, XV, p. 401.

légale, lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors qu'il y a de la part du mari une administration qui seule peut faire le fondement de l'hypothèque.

« Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique également aux donations.

« D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses immeubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance ; et il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître. »

A la suite de cette discussion, la section proposa de substituer à l'article 44 la rédaction primitive soumise au Conseil d'État, sans le mot reprises. (1)

Dans la séance du Conseil d'État du 22 ventôse (13 mars), Treilhard présenta en ces termes la rédaction plus détaillée que proposait sa section de législation, tenant compte des observations du Tribunal.

« Sous le numéro 2 du même article (44), le Tribunal

1 Fenet, XV, p. 415.

observe qu'il n'est juste de faire remonter l'hypothèque légale de la femme à la date de son mariage que pour la dot seulement ; mais que l'hypothèque pour emploi et indemnité, ne doit remonter qu'à l'époque de la vente ou de l'obligation qui y donne lieu.

« On a dit que la jurisprudence que le Parlement de Paris avait adoptée à cet égard, et qui se trouve consignée dans l'article 44, n'était pas universelle. On a ajouté que la rétroactivité qu'il introduit facilite la fraude ; car la femme, à l'aide d'une obligation simulée, peut parvenir à primer les créanciers anciens.

« On a proposé en conséquence d'ajouter à l'article ce qui suit :

« La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales
« qui proviennent de successions à elle échues, ou de
« donations à elle faites pendant le mariage, qu'à comp-
« ter de l'ouverture des successions, ou du jour que les
« donations ont eu leur effet.

« Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes
« qu'elle a contractées avec son mari, et pour le emploi
« de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obli-
« gation ou de la vente.

« Dans aucun cas, la disposition du présent article
« ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant
« la publication du présent titre. » (1)

Cette rédaction ne provoqua qu'une observation relatée par Fenet dans les termes suivants :

J. Fenet, XV, p. 419 ; Loqué, XVI, p. 318.

« Le Consul Cambacérès dit que cette rédaction peut n'être pas suffisante, lorsque, dans un contrat de mariage fait dans le système dotal, la femme se sera réservé le privilège de la loi *Assiduus*. On n'a pas vu de ces sortes de stipulations sous le règne de la loi du 11 brumaire, parce qu'elle les rejetait ; mais sous le régime hypothécaire qui va être établi on les croira permises.

« M. Treilhard répond que la rédaction proposée les exclut. » (1)

Le texte proposé est adopté.

Dans l'exposé des motifs de notre titre présenté au Corps législatif, dans sa séance du 24 ventôse (15 mars), Treilhard explique de la manière suivante les dispositions de l'article 44 :

« La date de l'hypothèque accordée aux femmes a aussi attiré toute notre attention.

« Sans doute elles doivent avoir hypothèque du jour du mariage pour leurs dot et conventions matrimoniales. Mais l'hypothèque pour le emploi des propres aliénés, ou pour l'indemnité des dettes contractées dans le cours du mariage, doit-elle aussi remonter à cette époque ? On le jugeait ainsi dans le ressort du Parlement de Paris : d'autres Cours supérieures avaient adopté une jurisprudence contraire, et ne donnaient l'hypothèque que du jour de l'événement qui en était le principe.

(1) Fenet, XV, p. 420.

« Cette décision nous a paru préférable. La rétroactivité de l'hypothèque pourrait devenir une source intarissable de fraudes. Un mari serait donc le maître de dépouiller ses créanciers légitimes en s'obligeant envers des prête-noms, et en faisant paraître sa femme dans ses obligations frauduleuses, pour lui donner une hypothèque du jour de son mariage ; il conserverait ainsi, sous le nom de sa femme, des propriétés qui ne devraient plus être les siennes. Nous avons mis un terme à cet abus en fixant l'hypothèque aux époques des obligations. » (1)

Enfin, dans son rapport présenté au Tribunat le 26 pluviôse (16 février) et reproduit dans son discours au Corps législatif du 28 ventôse (19 mars), le tribun Grenier s'exprime ainsi :

« Mais dans combien de circonstances ne sentirait-on pas, par rapport au mari, les salutaires effets de la disposition de l'article 2135 ? Nous voyons enfin le terme de deux abus remarqués depuis longtemps.

« Lorsqu'une femme se sera constitué en dot ses biens présents et à venir, l'hypothèque pour les sommes qui proviendront de successions ouvertes pendant le mariage n'aura lieu qu'à compter de l'ouverture des successions : ainsi il n'y aura pas d'hypothèque avant qu'il y ait une administration maritale sur laquelle on la fondait.

(1) Fenet, XV, p. 471 ; Loqué, XVI, p. 354 et 357, n. 26.

« La femme n'aura hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle aura contractées avec son mari, ou pour le remploi de ses biens immeubles aliénés pendant le mariage, que du jour de l'obligation ou de la vente ; tandis que par le seul effet d'une jurisprudence du Parlement de Paris, qui avait été rejetée dans la Bretagne et dans la Normandie, cette hypothèque remontait au contrat de mariage.

« Ainsi on ne verra plus une femme rechercher, par un effet vraiment rétroactif, des acquéreurs du mari, ou primer des créanciers de celui-ci, quoique les uns et les autres eussent un titre antérieur à l'acte qui faisait naître la créance de la femme. » (1)

La rédaction proposée, votée sans modification par le Tribunal le 26 ventôse (16 mars) et par le Corps législatif le 28 ventôse, devint l'article 2135 du Code civil, ainsi conçu :

« L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription :

« 1^o.....

« 2^o Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari et à compter du jour du mariage.

« La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter du

1) Fenet. XV. p. 501 : Locré. XVI. p. 393 et 394, n. 34.

jour de l'ouverture des successions ou du jour où les donations ont eu leur effet.

« Elle n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le emploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

« Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre. »

Le Code civil a rompu avec la tradition presque unanime de notre ancien droit, qui attribuait à l'hypothèque de la femme, comme à celle du mineur, un rang unique.

Quel fut le motif de cette innovation, et pourquoi ne fut-elle pas étendue au mineur et à l'interdit ?

Des auteurs (1) ont fait remarquer qu'on pouvait invoquer de « puissantes considérations » pour assimiler la femme au mineur. Le tuteur est considéré comme tenu d'une dette unique, celle du reliquat du compte de sa gestion. Toutes les créances qui ont pu naître au profit du pupille au cours de la tutelle, et à des époques diverses, se fondent dans cette unique créance et c'est elle que garantit l'hypothèque légale, avec rang au jour où le tuteur est entré en fonctions.

La situation du mari à l'égard de sa femme n'est-elle pas analogue ?

Le mari qui administre les biens de sa femme, avec des pouvoirs souvent plus étendus que le tuteur, « est

1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1466.

débiteur d'un compte d'administration pour toute la période de l'association conjugale. »

Or les récompenses dues à la femme par la communauté et à la communauté par la femme se compensent : la femme n'est créancière ou débitrice que du solde. Cette solution, admise par la tradition, a été maintenue par la doctrine contemporaine et la jurisprudence. (1)

Les créances résultant pour la femme de successions ou donations échues ou acceptées pendant le mariage, de ventes de ses propres sans emploi ou d'obligations contractées avec son mari viennent donc former une masse de récompenses, d'où se déduisent les récompenses dues par la femme à la communauté. Sa créance est constituée par l'excédent de la première masse sur la seconde.

« Si sa créance est une, comme la créance du mineur ou de l'interdit contre son tuteur, n'est-il pas conforme à la raison que son hypothèque ait également un rang unique ? » (2)

Et ce que les auteurs cités disent du régime de communauté peut être appliqué aux autres régimes, dans la mesure où ils consacrent (ou dans la mesure où ont existé en fait) des pouvoirs d'administration du mari sur les biens de la femme.

1) Pothier, *De la Communauté*, n° 692 bis ; Labbé, note, S., 72, I, 313 ; Guillouard, *Du Contrat de Mariage*, II, n° 977 ; Baudry-Lacantinerie, LeCourtois et Surville, *Du Contr. de mar.*, II, n°s 1083-1085 ; Civ. Cass., 15 mai 1872, S., 72, I, 313 et 3 mars 1891, D., 91, I, 249.

2, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

La coexistence de l'unité de créance et de la diversité du rang de l'hypothèque entraîne en outre une grave difficulté pratique ; nous aurons à l'examiner plus loin, et il suffit de la signaler ici : si la femme est créancière de reprises nées à différentes époques et débitrice de récompenses, à quel rang son hypothèque garantira-t-elle sa créance du solde ? Pour le mineur et l'interdit, l'unité du rang hypothécaire écarte cette question.

Les observations présentées par le Tribunal sur l'article 44 du projet nous font connaître les motifs pour lesquels le texte définitif de l'article 2135 a rejeté, en ce qui concerne la femme, l'hypothèque à rang unique.

1^o Pour les successions et donations, l'hypothèque ne peut être antérieure à l'administration du mari, qui est son fondement.

2^o Pour les ventes et obligations consenties par la femme, « il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance », et il est odieux qu'elle puisse primer des créanciers antérieurs : « c'était une source de fraudes. »

Si ces arguments sont fondés, pourquoi le Tribunal n'a-t-il pas étendu à l'hypothèque du mineur et de l'interdit, dont le rang était fixé par le même article, les objections qu'il présentait contre la collocation uniforme des créances de la femme au jour du mariage ? Pour les pupilles comme pour la femme, l'administration du représentant ne commence-t-elle pas seulement,

sur les biens recueillis par donations ou successions, au jour où elles ont leur effet ? Le tuteur peut-il être débiteur du prix des biens pupillaires avant qu'ils soient vendus ? Pourquoi, dans ces hypothèses, le grever d'une hypothèque ayant sa date au jour de l'ouverture de la tutelle et faire meilleure la situation du mari ?

On peut invoquer plusieurs arguments en faveur de la solution maintenue par le Code civil pour le mineur et l'interdit.

Il convient d'abord de remarquer qu'à la différence du mari, le tuteur agit toujours sans le concours de l'incapable qu'il représente. Les fraudes redoutées par le Tribunal pour les actes volontaires de la femme ne sont plus possibles : le tuteur ne peut consentir un cautionnement au nom du pupille, ni dans son intérêt personnel, ni dans l'intérêt d'un tiers. Pour les ventes, que craignait le Tribunal ? C'est que la femme ne fût déterminée, par son affection pour son mari ou la pression de celui-ci, à consentir à un prête-nom la vente d'un de ses propres, pour écarter ensuite les créanciers du mari par son hypothèque garantissant le prix. Rien de semblable ne peut arriver sous la tutelle : le mineur ne peut agir. S'il y a vente, c'est le tuteur qui la consentira lui-même, avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal dans les cas importants : le conseil de famille, le tribunal permettront-ils une vente qu'ils soupçonnent frauduleuse ? ils n'ont aucun motif de préférer le tuteur à ses créanciers ! De plus, le tuteur est astreint

à employer le prix de vente dans un court délai, sous peine d'être tenu des intérêts de plein droit (art. 456), sanction qui n'existe pas contre le mari à défaut de remploi des biens de sa femme.

On peut ajouter que, même sous le régime de communauté, la situation ne se présente pas avec la même uniformité que dans une tutelle. Sans doute le mari a des pouvoirs d'administration sur les biens de la femme, parfois plus étendus que ceux du tuteur. Mais ces pouvoirs sont variables : ils se diversifient non seulement avec le régime matrimonial adopté, mais avec les mandats spéciaux qui s'y joignent ou le complètent par la suite, avec l'extension que le mari leur donne pendant le mariage du consentement tacite ou malgré l'opposition de sa femme. Tandis que le tuteur a l'ensemble de l'administration, dans tous les cas, avec des pouvoirs dont l'étendue est déterminée à l'avance par la loi, la liberté des conventions matrimoniales et des accords ultérieurs fait de l'administration maritale une administration variable, dont les pouvoirs et les actes peuvent être imprévus au moment même où commence l'union conjugale. Est-il donc possible de donner à la femme une hypothèque datant du mariage, pour la garantir contre des pouvoirs que le mari n'a peut-être pas encore, et qu'il ne prendra peut-être jamais ?

Malgré ces arguments, il faut bien avouer que si la différence d'administration et l'absence de fraudes justifient la situation exceptionnellement favorable faite par

le Code à l'hypothèque des pupilles, certains des motifs qui ont conduit ses rédacteurs à n'accorder dans certains cas à la femme qu'un rang moins favorable auraient pu s'appliquer tout aussi bien aux mineurs et aux interdits. Si c'est l'administration qui fait le fondement de l'hypothèque, l'hypothèque de ces incapables pour les successions et donations par eux recueillies ne devrait pas remonter à l'ouverture de la tutelle ; s'il est injuste que la femme ait hypothèque pour ses aliénations avant la vente, c'est tout aussi injuste pour le tuteur.

En outre, si, en dehors même du danger de fraude, il est odieux que la femme puisse par ses aliénations primer des créanciers antérieurs du mari, pourquoi les créanciers du tuteur seraient-ils moins bien traités ?

Concluons que la situation devrait être la même, au point de vue du rang de l'hypothèque, pour tous les incapables. S'il n'en est pas ainsi dans le Code, ce ne peut être par un moins grand désir de protection de la femme. Ce serait simplement parce que, des arguments proposés par le Tribunal, un seul (c'est celui sur lequel il a été le plus insisté dans la discussion) aurait effectivement amené l'amendement de l'article 2135 : la crainte de fraudes résultant de la libre volonté de la femme. Mais ce motif n'est, en tout cas, suffisant que pour les obligations et les ventes.

SECTION II

Principe d'interprétation de l'article 2135

Cette difficulté ne se présentait pas dans un système soutenu dans les premières années après la promulgation du Code et sur lequel il sera inutile d'insister, car il a vécu peu de temps et est aujourd'hui universellement repoussé.

La majorité des Cours d'appel, partant de l'idée que le principe du Code civil est celui de la publicité des hypothèques, même légales, et que le rang des hypothèques se détermine, en règle générale, par la date de leur inscription (article 2134), considérait l'article 2135 comme une dérogation à ce principe et en concluait, dans les hypothèses non prévues par ce texte, au retour au droit commun : l'hypothèque des mineurs, des interdits et des femmes mariées devait alors être inscrite pour devenir opposable aux tiers, et c'était la date de cette inscription qui lui donnait son rang.

Les arrêts statuaient surtout dans l'hypothèse d'une responsabilité du mari résultant de l'administration par lui exercée sur les paraphernaux (1). Mais la question était générale ; elle pouvait se poser pour toutes les

(1) Toulouse, 5 août 1806; Aix, 19 août 1813; Grenoble, 18 juillet et 24 août 1814; Riom, 4 mars 1822; Montpellier, 22 décembre 1822; Grenoble, 8 décembre 1823; Toulouse, 6 décembre 1824; Grenoble, 22 juin et 28 décembre 1825; Grenoble, 16 janvier 1830; arrêts cités D., Jur Gén., V° *Privilèges et Hypothèques*, n° 881.

créances dont l'article 2135 n'a pas parlé : indemnités des dégradations commises par le mari sur l'immeuble dotal, sommes provenant de l'exercice d'actions en nullité, en rescision ou en résolution, frais des instances, obligation alimentaire, etc... Il convient donc de la discuter non pas à propos des paraphernaux, mais comme question préalable.

On a fait à cette opinion deux objections décisives.

Si les rédacteurs du Code, renonçant, en ce qui concerne les incapables, au principe de la publicité absolue établi par la loi de brumaire, les ont dispensés d'inscrire leur hypothèque, c'est qu'ils ont vu dans leur état d'incapacité ou de dépendance un obstacle à la faculté de requérir cette inscription. Fallait-il, après leur avoir conféré de plein droit une garantie qu'on les estimait dans l'impossibilité d'exiger, en subordonner l'efficacité à une inscription qu'ils étaient également dans l'impossibilité de prendre ? C'eût été les sacrifier à la négligence ou à la mauvaise volonté de leurs représentants. Or ce motif de la dispense d'inscription, que les travaux préparatoires nous prouvent avoir été celui des rédacteurs du Code civil, ne justifie-t-il pas la dispense d'inscription pour toutes les créances de la femme mariée ?

Il serait d'autant plus injuste d'interpréter l'article 2135 dans un sens rigoureux pour la femme que les incidents de sa rédaction démontrent la faiblesse de l'argumentation qu'on a prétendu en tirer. Si le mot « reprises » a disparu de l'article 44 du projet primitif,

c'est à la suite de l'observation du Tribunal qui reculait le rang de l'hypothèque de la femme pour ses créances nées d'obligations, de ventes, de successions et donations : il n'était plus exact de dire que l'hypothèque pour les reprises datait d'une manière absolue du jour de la célébration du mariage. Mais cette modification du texte ne concernait que le rang, non la dispense d'inscription.

Aujourd'hui, et depuis longtemps, on accorde sans difficulté la dispense d'inscription à toutes les créances de la femme mariée garanties par son hypothèque légale. (1)

On peut ramener à trois les systèmes proposés pour l'interprétation de l'article 2135.

Pour le premier, cet article ne contient que des solutions d'espèce, sans lien entre elles ; on doit combler ses lacunes par analogie.

D'après le second, notre texte établit un principe général : l'hypothèque de la femme mariée a rang du jour de la célébration du mariage. Il y apporte ensuite trois dérogations ; en dehors de ces cas limitativement

(1) Troplong, II, n^{os} 418 et 575 ; Pont, II, n^o 771 ; Colmet de Santerre, IX, n^o 105 bis-VII ; Guillonard, III, n^{os} 1222-1223 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1457 ; Aubry et Rau, III, § 269, 5^e édit., p. 510. — Riom, 20 février 1819 ; Limoges, 29 décembre 1821 ; Cass. Civ., 12 juin 1822 et, sur renvoi, Lyon, 16 août 1823 ; Pau, 15 janvier 1823 ; Cass. Civ., 6 juin 1826 et 28 juillet 1828 ; Toulouse, 14 février et 7 avril 1829 ; Cass. Civ., 5 nov. et 5 déc. 1832 ; Montpellier, 16 déc. 1833 ; Grenoble, 30 mai 1834 ; Bordeaux, 20 juin 1835 ; arrêts cités D., Jur. Gén., V^o *Privileges et Hypothèques*, n^o 881 ; Req. 9 août 1852, D., 53. 1.155.

énumérés, l'hypothèque remonte au jour du mariage.

Les partisans du troisième système voient dans les dispositions de l'article 2135 les applications d'un principe général unique, qu'il convient de rechercher pour résoudre les espèces passées sous silence.

Ce principe n'est d'ailleurs pas le même pour tous les auteurs.

Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces opinions.

§ 1^{er} — Système de l'analogie

D'après certains auteurs (1), il n'y a pas à rechercher dans les dispositions de l'article 2135 l'application d'un principe général. Ses divers alinéas ne résolvent que des questions d'espèce, ne se rattachant pas à une règle unique. Aubry et Rau ne discutent même pas la question et se contentent de dire qu'« il convient de combler, au moyen de l'analogie, les lacunes que présente » l'article 2135.

Cette théorie purement négative se heurte à une double objection.

L'interprétation par analogie de solutions diverses, si elle n'est dirigée par un principe unique, risque d'aboutir à l'arbitraire des appréciations individuelles, ou bien

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *1er*, p. 402 ; Huc, XIII, n° 267 ; Thézard, n° 226 ss. ; Colmet de Santerre, IX, n° 165 *bis*-IX ; André, *Traité pratique du régime hypothécaire*, n° 633 ss.

l'argument d'analogie conduit à l'application pure et simple de l'un des autres systèmes.

Aubry et Rau voient dans les mots « conventions matrimoniales » une expression très compréhensive. Ils seraient même tentés, à défaut du texte formel de l'art. 2135, alinéa 3, d'y faire entrer « avec tous les droits et créances dont le principe se trouve dans les clauses du contrat de mariage ou dans les lois qui y suppléent, les sommes dues pour emploi des propres ou indemnité des dettes. » (1)

N'est-ce pas attribuer à l'alinéa 1^{er} la portée d'une règle générale, applicable sauf dans les cas exceptionnels énumérés par les alinéas suivants ?

Les mêmes auteurs critiquent la disposition du 2^e alinéa : l'hypothèque devrait dater du mariage, pour les valeurs de successions et donations, comme pour celles apportées en mariage. « Il s'agit, pour celles-là aussi bien que pour celles-ci, de garantir la femme des pertes qu'elle est exposée à éprouver, sans aucun fait nouveau de sa part, par suite du droit d'administration conféré au mari dans le contrat de mariage. »

C'est en revenir à la théorie exposée dans l'ouvrage de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (3).

Même justification pour l'exception admise par Aubry et Rau, dans le cas où le mari a, d'après le contrat de

(1) Aubry et Rau, III, p. 375.

(2) Aubry et Rau, III, p. 403, note 65.

(3) V. *infra*, p. 66 ss.

mariage, le pouvoir de vendre seul, à charge de emploi, les biens dotaux de sa femme, au principe que l'aliénation de ces biens n'est garantie que par une hypothèque à la date de la vente : la femme n'a pu s'opposer à cet acte ; « elle doit par cela même jouir de la garantie de l'hypothèque légale dans toute son étendue. » (1)

Dans une autre espèce, on s'appuie sur le système qui fait remonter l'hypothèque légale à la date où naît la créance de la femme : l'hypothèque garantissant la pension alimentaire date du mariage, parce que « la créance d'aliments, malgré son caractère éventuel, entre dans le patrimoine de la femme dès l'instant où le mariage est célébré. » (2)

Pour les sommes touchées par le mari à la suite de l'exercice d'une action en rescision, on donne hypothèque à la femme au jour du mariage, où le mari s'est trouvé investi de l'administration (3) : c'est l'application d'un autre système encore !

Le système de l'analogie présente un second inconvénient. On peut, à la rigueur, rattacher aux hypothèses prévues par l'article 2135 des hypothèses voisines. Mais les cas énumérés par ce texte se réfèrent tous plus ou moins aux pouvoirs conférés au mari sur les biens. On en a même parfois conclu que l'hypothèque légale garantissait seulement les créances relatives au patrimoine.

1) Aubry et Rau, III, p. 409, note 77.

(2) Aubry et Rau, III, p. 411 et 412, texte et note 79 *quater*.

3) Aubry et Rau, III, p. 406, texte et note 72.

Si l'on rejette cette opinion, à quel terme de l'article 2135 rattacher, par exemple, la créance pour pension alimentaire, celle pour frais d'instances en séparation de corps ou en divorce ? Aucun de ses termes ne prévoit une créance qui sanctionne les devoirs moraux du mari.

Aubry et Rau répondent que ces devoirs existant à la charge du mari dès le mariage, les créances qui en sont la sanction existent éventuellement au profit de la femme à partir de la même époque, avec la garantie de l'hypothèque à cette date.

Mais c'est abandonner l'argument d'analogie, car on est absolument en dehors des cas d'application de l'article 2135, à moins de prétendre, comme ces auteurs, voir dans la pension alimentaire, en cas de séparation de corps tout au moins, le complément des conventions matrimoniales (1) : c'est y faire entrer, sous prétexte de volonté présumée des époux, tous les effets, pécuniaires ou non, que la loi attribue au mariage !

En raison de son arbitraire, dangereux pour les tiers et pour la femme elle-même et de sa base trop étroite, nous rejetons le système de l'analogie. Nous ne pouvons choisir qu'entre les opinions qui, édifiant une véritable construction juridique, trouvent dans l'article 2135 la consécration d'un principe fondamental.

(1) Aubry et Rau, p. 371, note 8 *bis*.

§ 2. — Système de la jurisprudence

Cette opinion tire son principal argument des travaux préparatoires. Le projet de l'article 44 soumis au Conseil d'Etat et voté par lui sans discussion donnait à la femme mariée hypothèque; à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, à compter de la célébration du mariage. C'était le retour à la règle de l'hypothèque à date unique, telle qu'elle existait à peu près partout dans notre ancienne jurisprudence. Cette formule englobait nécessairement toutes les créances de la femme, car elles ont toutes leur origine dans les conventions matrimoniales et, si certaines n'y étaient pas comprises, il faudrait admettre qu'elles sont bien garanties par l'hypothèque légale, mais sans dispense d'inscription.

Peu importe que le mot « reprises », ajouté, on ne sait pourquoi, à l'article 44, ait ensuite disparu. Cela s'explique par la discussion devant le Tribunal. Cette assemblée fit compléter cet article en apportant trois dérogations à la règle proposée par le Conseil d'Etat ; comme ces dérogations visaient des reprises, il était naturel que ce mot fût effacé de la formule générale, désormais trop absolue. Cette disparition fut la conclusion du débat au Tribunal.

L'élaboration de l'article 44 du projet, devenu l'article 2135 du Code civil, manifeste bien l'intention des rédac-

teurs, après avoir établi une règle générale, d'y apporter des exceptions. En dehors des cas prévus par les alinéas additionnels, le principe reprend son empire et le rang hypothécaire de la femme doit être fixé au jour de la célébration du mariage.

On ajoute que le rang exceptionnellement moins favorable pour certaines créances s'explique par les conséquences qui fussent résultées de l'application de ce principe.

L'hypothèque, accessoire d'une créance, ne peut naître avant que cette créance n'existe, au moins virtuellement : elle ne doit pas être antérieure à l'échéance des successions, à l'acceptation des donations, ni préexister à la créance née des ventes ou des obligations. D'autre part, il est injuste de laisser les créanciers courir le risque d'être primés par la femme qui, sans danger pour elle-même, s'obligerait ou vendrait uniquement pour passer devant eux.

Cette opinion, défendue avec une rigueur plus ou moins atténuée par des auteurs (1), a surtout trouvé un accueil favorable près des tribunaux. Si la plupart des arrêts motivent leurs décisions sans se préoccuper d'une théorie d'ensemble, ils se rattachent en grande majorité par leurs solutions à ce système.

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, II, n° 1637 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 bis-vii ss ; Planiol, *Traité élém. de Droit civil*, II, n° 3119. Ce dernier auteur s'écarte cependant de la jurisprudence pour l'hypothèse la plus débattue, celle de la vente des biens dotaux. Cf. Léon Michel, note sous Cass. Civ., 25 juin 1895, D., 97, I, p. 553.

C'est ainsi que la presque unanimité de la jurisprudence, se fondant sur une interprétation restrictive du mot « propres » employé par l'alinéa 3 de l'article 2135, n'attribue qu'à la femme commune hypothèque à la date de la vente sans emploi ; en cas d'aliénation de biens dotaux, elle revient au principe général de l'alinéa 1^{er} et fait remonter l'hypothèque à la date du mariage (1).

Sous une autre forme, des arrêts voient dans l'aliénation irrégulière des biens dotaux une violation des conventions matrimoniales et rattachent ainsi à l'alinéa 1^{er} l'hypothèque qui la sanctionne.

A propos de la pension alimentaire attribuée à une femme par le jugement de séparation de corps, deux décisions (2), en lui reconnaissant une hypothèque à la date du mariage, ont énoncé la théorie en termes généraux presque identiques. « En dehors des cas spécifiés aux 2^e et 3^e alinéas du § 2 de l'article 2135, dit l'arrêt de la Cour de Cassation, l'hypothèque légale ne peut avoir d'autre date que celle de la célébration du mariage. »

Si ce système paraît trouver un appui assez solide dans l'histoire de la rédaction de l'article 2135, il se heurte, dans ses conséquences logiques, à de graves objections pratiques. Elles conduisent même à douter que la pensée des rédacteurs ait été celle qu'il leur attribue.

Dire, comme la jurisprudence, qu'à défaut des exceptions énumérées dans les alinéas 2, 3 et 4, l'hypothèque

1) V. les arrêts cités *infra*, 2^e partie, § 5.

(2) Cass. Civ., 25 juin 1895, cité page 51, note 1 ; Trib. Soissons, 19 juin 1901, D. 1902. 2. 350.

a pour rang la date du mariage, c'est aboutir, avec le principe d'interprétation stricte des exceptions, à garantir la créance de la femme pour le prix non employé de ses immeubles dotaux par une hypothèque remontant au mariage : la grande majorité des arrêts ne reculent pas devant cette conséquence.

Un tribunal (1), se conformant rigoureusement à ce principe, avait même jugé que l'expression « sommes dotales » dans l'alinéa 2 était inapplicable au prix des immeubles dotaux recueillis dans une succession échue au cours du mariage et vendus ensuite sans emploi ; il revenait au principe général de l'alinéa 1^{er} et donnait hypothèque pour la créance d'indemnité au jour du mariage.

La Cour de Grenoble (2) a réformé cette décision et assimilé le prix de vente aux sommes dotales. Mais il est permis de penser que la logique était du côté du tribunal. Fidèle à l'opinion d'après laquelle le 1^{er} alinéa comporte un principe général, la Cour a cru devoir justifier l'application de l'alinéa 2 en invoquant des passages de la discussion au Tribunal : l'hypothèque ne peut exister avant la créance, avant l'administration du mari ; elle ne peut rétroagir contre les tiers.

Mais elle n'a pris garde que cette argumentation détruisait son principe même : ces motifs, le Tribunal

(1) Trib. Grenoble, 12 janv. 1905, D., 06, 2, 118.

(2) Grenoble, 6 juin 1905, *eod. loc.* Cf. Trib. Valence, 7 févr. 1863, sous Civ. Cass., 16 mai 1865, D., 65, 1, 265.

lés avait donnés pour reculer le rang de l'hypothèque en cas de vente par la femme ; or l'arrêt, qui les applique aux successions, les repousse dans l'hypothèse même où ils ont été formulés, dans le cas de vente, où, quel que soit le régime adopté, ils conservent toujours leur valeur ! (1)

Cette observation nous démontre qu'il faut être logique et aller jusqu'où a été le tribunal de Grenoble, ou rejeter le prétendu principe du Tribunat et chercher, dans les justifications qu'il a données de certaines solutions, une base d'interprétation.

Des auteurs (2) ont reconnu les inconvénients de l'hypothèque accordée au jour du mariage pour la vente des biens dotaux ; aussi ont-ils cherché, tout en conservant le principe, à en atténuer la rigueur, en élargissant l'application des exceptions : n'est-ce pas repousser l'axiome que toute exception est de droit étroit et faire brèche au système qu'on prétend adopter ? On répondra : les alinéas exceptionnels de l'article 2135 doivent être interprétés en tenant compte des motifs.

Mais voici une autre objection.

Si l'on admet que l'hypothèque de la femme remon-

1) Dans deux espèces où les immeubles de femmes dotales provenant de succession ou donation avaient été vendus sans emploi, la même Cour, écartant l'application de l'alinéa 2 de l'article 2135, n'a pas résolu, comme dépourvue d'intérêt en fait, la question de savoir si l'hypothèque remontait au jour du mariage ou de la succession ou donation : Grenoble, 14 décembre 1863, avec Civ. rej., 16 mai 1865, D. 65. I. 265 ; Grenoble, 28 nov. 1902, D., 63. table, col. 418.

2) Planiol, II, n° 3119 ; Léon Michel, note D., 97. 1553.

te au jour de la célébration du mariage pour toutes les créances non énumérées dans l'article 2135, on est amené à lui donner ce rang pour les indemnités dues par le mari en raison de l'administration des paraphernaux ou des biens extradotiaux de la femme séparée de biens ou dotale, sans distinguer s'il en a été investi par le contrat de mariage ou s'il l'a prise en vertu d'un mandat postérieur ou sans mandat : l'hypothèse ne peut, en effet, être rattachée à aucune des exceptions prévues par l'article 2135.

Il en devrait être ainsi même pour des paraphernaux recueillis dans une succession postérieure au mariage : car il est bien impossible d'appliquer l'exception relative aux « sommes dotales ».

Cependant, sauf dans les premiers cas, cette solution se heurte à une objection de principe : l'hypothèque serait antérieure à la naissance de la créance et même à l'administration du mari.

Mais cette objection, c'est celle que le Tribunal a faite pour les successions, ventes et obligations et que le Conseil d'Etat a reconnue exacte en reculant le rang de l'hypothèque. On peut donc la présenter pour d'autres hypothèses ? On étendait déjà les termes de l'article 2135 concernant les dérogations au principe, grâce aux justifications données par le Tribunal. Il faut aller jusqu'à briser le cadre trop étroit de ces exceptions et en ajouter d'autres !

Que devient, dans ces conditions, le fameux principe

de l'alinéa 1^{er} ? On est réduit à le formuler en ces termes :

« L'hypothèque existe au jour de la célébration du mariage, sauf dans les cas où la créance de la femme ne naît que postérieurement, sauf dans les cas où l'administration du mari ne commence pas avec le mariage. »

Dès lors, il n'est plus exact de parler d'un principe et de dérogations énumérées par un texte : il faut voir dans ces prétendues dérogations des conséquences logiques d'un principe non pas spécial à ces hypothèses, mais qui domine toutes les hypothèses de créance, prévues ou non par l'article 2135.

Nous arrivons ainsi au troisième système.

§ 3. — 3^e système

Trouvant insuffisante l'interprétation littérale de l'article 2135, cette opinion cherche l'explication théorique de ses différentes dispositions et croit y voir l'application d'un principe unique, qu'elle étend aux hypothèses non prévues par le texte. Ce principe, inféré du texte même, trouverait son appui dans les travaux préparatoires.

Ce système a été adopté par Pont (1) et développé avec plus de précision par Beudant (2).

Le premier de ces auteurs, après avoir donné un

(1) Pont, II, nos 750 et 751.

(2) Beudant, n° 725.

aperçu historique de la rédaction de notre article, s'exprime ainsi :

« Nous allons reconnaître que les distinctions de la loi n'ont rien d'arbitraire, qu'elles procèdent toutes d'un principe commun ; et dans ce principe même nous trouverons la raison de décider bien des questions auxquelles a donné lieu cette seconde partie de notre article...

«...Par ces considérations, le Tribunal proposait de substituer à l'article 44 du projet une rédaction dont nous retrouvons la reproduction à peu près littérale dans notre article. Ainsi les rédacteurs du Code ont pleinement adopté la pensée même du Tribunal, et cette pensée est on ne peut mieux précisée dans les observations que nous avons rappelées. Il en résulte que si l'hypothèque remonte à des dates différentes eu égard à la nature diverse des droits ou des reprises de la femme, ces dates, du moins, ont été fixées d'après un principe commun résumé par le Tribunal dans cette formule « que l'administration du mari peut seule faire le fondement de l'hypothèque ». Nous allons voir maintenant que les solutions consacrées par la loi dans les cas particuliers qu'elle prévoit ne sont que des applications du principe. »

Tel qu'il est exposé dans cette citation, ce système, qui s'appuie sur les justifications données par le Tribunal pour le rang de l'hypothèque en cas de successions et donations, présente l'inconvénient d'être trop restrictif.

Sans doute est-il exact de dire que la femme est garantie contre les dangers de l'administration du mari par son hypothèque légale. Mais la formule retournée n'est plus toujours juste : on ne peut affirmer d'une manière absolue que l'hypothèque a pour fondement l'administration du mari. Ce serait aboutir à cette conséquence (et personne ne l'admet) que la femme n'a d'hypothèque que si le mari administre. On peut, à la rigueur, parler d'acte ou plutôt de négligence d'administration du mari dans le cas où, la femme ayant aliéné un de ses propres, le mari est débiteur à défaut d'emploi. Mais où voir un acte d'administration du mari dans le fait par la femme de s'obliger pour lui ? Le mari n'intervient que pour l'autoriser et, après le contrat, quel rôle joue-t-il ? Même difficulté pour les avantages attribués à la femme par les conventions matrimoniales ou par la loi.

La formule du Tribunal était donc bonne pour expliquer une solution d'espèce ; on ne peut l'appliquer même à certaines des hypothèses prévues par l'article 2135. (1)

1) Un arrêt de la Cour de Caen du 18 août 1871 (D., 73. 2. 228) a très bien vu ce qu'avait d'insuffisant le système qui rattache le rang de l'hypothèque à la gestion du mari et ses motifs, où il a fait preuve de vues d'ensemble rares dans la jurisprudence, sont intéressants à relever. La Cour trouve dans les dispositions de l'article 2135 « une distinction importante entre les actes d'administration et les actes d'obligation ou d'aliénation. » Voilà l'administration condamnée comme principe général. Elle ajoute : pour les premiers, l'hypothèque « commence avec le mandat des tuteurs et des maris, quelle que soit l'époque des faits qui engendrent la responsabilité de ceux-ci », avec une exception, en ce qui concerne les femmes mariées, pour les successions et donations. L'arrêt justifie plus ou moins heureusement cette différence entre les mineurs et les femmes mariées en disant : « les premiers, dont l'incapacité est réelle et absolue, réclament une pro-

Et dans les cas passés sous silence par ce texte, ce criterium est encore en défaut : découlent-elles d'une administration du mari, les créances pour pension alimentaire, pour frais d'instances en séparation de corps ou en divorce ? Cependant beaucoup d'auteurs et d'arrêts leur reconnaissent la garantie de l'hypothèque légale. Comment la justifier, si l'administration du mari est le fondement de l'hypothèque ? Comment en fixer le rang, puisqu'il n'y a pas d'administration du mari ?

La règle proposée est donc insuffisante et ne reflète même pas la pensée des rédacteurs de l'article 2135, puisqu'elle n'explique pas certaines de ses solutions.

On évite ces objections en adoptant une autre formule plus compréhensive.

La femme n'a d'hypothèque que parce qu'elle a une créance. Si l'hypothèque prend rang au jour où le mari commence à administrer, c'est parce que cette administration est l'origine de sa responsabilité, de la créance de la femme. Au lieu de rattacher le fondement et le rang de l'hypothèque à l'administration, qui n'est qu'une des causes de créance, il faut les chercher dans l'exis-

tection plus large que les secondes, dont l'incapacité est plus fictive que réelle. » Quant aux obligations et aliénations, l'hypothèque ne date que du jour de ces contrats, « parce que ces actes ne rentrent pas dans la gestion du mari, qu'ils ne peuvent s'accomplir qu'avec le consentement de la femme. »

Cette distinction est encore trop étroite, parce qu'elle se limite aux cas prévus par l'article 2135, et que d'autres créances encore, qui ne rentrent pas dans ces catégories, sont garanties par l'hypothèque légale. Elle ne prouve pas moins que l'on ne peut voir dans l'administration le fondement de l'hypothèque que pour certaines créances.

tence de ces créances, sans distinction d'origine, et dire : l'hypothèque est accordée à toutes les créances de femmes mariées contre leur mari en cette qualité ; elle doit naître et prendre rang à la même date que les créances qu'elle est destinée à garantir.

Cette opinion a été développée par Beudant.

« L'idée générale et la règle se dégagent suffisamment des applications qui en sont faites (par l'article 2135). Cette règle est la suivante.

« L'hypothèque qui appartient à la femme par l'effet du mariage n'est qu'une expectative, une attente qui se réalise à mesure que la femme acquiert des droits contre son mari. L'hypothèque a rang à compter du moment où cette attente se réalise. Or elle se réalise, pour chacune des créances, à la date où celle-ci prend naissance. Par conséquent, la femme sera colloquée pour ses diverses créances à leurs dates respectives. Cela revient à dire que la femme n'a pas, quant au rang, une hypothèque unique ; elle a autant d'hypothèques que de créances successivement acquises ; plus exactement, l'hypothèque générale que la loi lui confère éventuellement se fractionne en autant d'hypothèques particulières que la femme a de droits distincts, et chacune prend rang à la date du droit garanti. De sorte que la femme prime, pour certaines de ses créances, des créanciers qui la priment au contraire pour d'autres.

« Juridiquement, cette conception est logique. L'hypothèque, droit accessoire, ne se comprend pas sans une

créance garantie ; on ne concevrait pas un rang de collocation acquis indépendamment de la créance garantie et avant elle.

« L'idée générale est donc que la femme doit être colloquée à autant de rangs différents qu'elle a de créances distinctes. Sans formuler cette règle en propres termes, l'article 2135 en fait des applications assez nombreuses et assez explicites pour qu'on puisse la dégager. » (1)

Cette opinion trouve, au point de vue positif, un appui dans le texte de l'article 2135, éclairé par les travaux préparatoires. On peut ajouter que seule, elle s'attache à justifier rationnellement les solutions d'espèce, que les autres systèmes se contentent de demander au commentaire d'un texte positif incomplet.

Pour l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari et le prix de ses biens vendus sans remploi, c'est avec une véritable insistance que les législateurs reviennent sur ce point que l'hypothèque ne peut précéder la créance de la femme.

D'abord la section du Tribunal, sur communication officieuse du projet de l'article 44, déclare : la femme « ne doit avoir hypothèque... pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance... »

En présentant au Conseil d'Etat, le 22 ventôse, la rédaction proposée par sa section de législation, Treil-

(1) Beudant, II, n° 725.

hard ne parle que de la rectification concernant les obligations et les ventes :

« Le Tribunat observe qu'il n'est juste de faire remonter l'hypothèque légale de la femme à la date de son mariage que pour la dot seulement ; mais que l'hypothèque pour emploi et indemnité ne doit remonter qu'à l'époque de la vente ou de l'obligation qui y donne lieu. »

Dans l'exposé des motifs au Corps Législatif, le 24 ventôse, Treilhard s'occupe encore uniquement des mêmes hypothèses :

« ... D'autres Cours supérieures avaient adopté une jurisprudence contraire (à celle du Parlement de Paris), et ne donnaient l'hypothèque que du jour de l'événement qui en était le principe.

« Cette décision nous a paru préférable... »

Enfin le tribun Grenier, dans son rapport au Tribunat et son discours au Corps législatif :

« On ne verra plus une femme rechercher, par un effet vraiment rétroactif, des acquéreurs du mari, ou primer des créanciers de celui-ci, quoique les uns et les autres eussent un titre antérieur à l'acte qui faisait naître la créance de la femme. »

Ce principe, affirmé si fréquemment, avec une telle précision, pour les hypothèses de vente et d'obligation, on peut l'induire des travaux préparatoires et du texte de l'article 2135, en ce qui concerne les autres sources de créance.

Des sommes dotales provenant de successions ou

donations recueillies par la femme au cours du mariage, il n'est question que dans deux passages similaires.

D'après la section du Tribunat, « les sommes dotales, ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors qu'il y a de la part du mari une administration qui seule peut faire le fondement de l'hypothèque.

« Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique également aux donations. »

Le tribun Grenier reprend la même idée sous une forme différente :

« ... L'hypothèque pour les sommes qui proviendront de successions ouvertes pendant le mariage n'aura lieu qu'à compter de l'ouverture des successions : ainsi il n'y aura pas d'hypothèque avant qu'il y ait une administration maritale sur laquelle on la fonde. »

Pour les successions et donations, c'est donc l'administration du mari qui fonde l'hypothèque. Celle-ci ne peut lui être antérieure.

Mais, nous l'avons déjà vu, l'administration du mari n'est, en l'espèce, que l'origine, la cause de la créance de la femme. Dire avec les rédacteurs du Code : l'administration du mari est le fondement de l'hypothèque, revient à dire : la créance de la femme est le fondement de l'hypothèque. Cette formule a l'avantage de montrer l'hypothèque attachée à toute créance, sans distinction d'origine, à partir de sa naissance.

On pourrait faire le même raisonnement pour la dot et les conventions matrimoniales : si le Code les garantit par une hypothèque à la date du mariage, c'est parce que l'administration du mari, et par conséquent la créance de la femme, remontent à ce moment.

Nous avons attribué à ce système cette supériorité sur les autres de ne pas donner seulement une méthode d'interprétation juridique d'un texte de loi, mais de présenter une justification rationnelle et des solutions de ce texte et des solutions données dans les hypothèses qu'il a passées sous silence.

Quelle valeur scientifique attribuer à une théorie d'après laquelle l'article 2135 comprend un principe et des exceptions, celles-ci d'interprétation stricte ? Les quelques conséquences déjà indiquées auxquelles elle a conduit logiquement la jurisprudence nous l'ont fait rejeter.

Préférerons-nous le système qui voit dans l'article 2135 des solutions éparses, sans lien entre elles et, pour en combler les lacunes, raisonne par analogie ? Il laisse place à l'arbitraire des interprétations individuelles ; il attribue surtout aux auteurs du Code l'intention de résoudre des questions d'espèce sans vues rationnelles d'ensemble.

Nous avons constaté au contraire, par l'examen des travaux préparatoires, la volonté du Tribunal d'étayer les décisions de l'article 2135 sur des principes logiques : ils peuvent se ramener à un seul, fondamental et nécessaire.

Comme l'avait très bien remarqué cette assemblée, il n'est pas juste qu'une hypothèque soit antérieure à la naissance de la créance qu'elle est destinée à garantir. Et l'observation qu'il faisait pour des créances d'une origine particulière est exacte pour toutes, parce qu'il n'est pas logique, pas plus pour l'hypothèque des incapables que pour les autres, qu'une garantie préexiste à la créance, que l'accessoire précède le principal.

Si l'on écarte l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire, dont on conçoit la naissance postérieurement à celle de la créance, parce qu'elles nécessitent une convention spéciale ou l'intervention judiciaire, on doit reconnaître que l'hypothèque accordée par la loi ne peut avoir rationnellement d'autre date que celle de la créance. Une date antérieure est impossible, nous venons de le montrer, pour elle, comme pour toute hypothèque ; une date postérieure aussi : on ne s'expliquerait pas pourquoi la loi, qui confère cette garantie de plein droit, sans manifestation du créancier, ne l'attacherait pas à la créance dès sa naissance.

Ces principes logiques ne pourraient être modifiés que pour deux sortes de motifs :

1° L'intérêt du créancier, qui détermine le législateur à le faire passer avant tout autre : c'est le système du dernier droit romain, qui veut sauver la dot à tout prix et sacrifie à la femme les intérêts des tiers et le crédit du mari.

2° L'intérêt des tiers : c'est le système qui subor-

donne l'efficacité des hypothèques à des mesures de publicité et n'en fixe le rang qu'au jour de l'inscription ; la loi du 11 brumaire an VII l'avait adopté pour toutes les hypothèques sans exception.

Le Code de 1804 n'a suivi aucun de ces systèmes. S'il a conservé le principe de la publicité consacré quelques années auparavant, il en a dispensé, dans l'article 2135, les mineurs, les interdits et les femmes mariées.

Il n'est pas non plus revenu d'une manière absolue à la tradition, en ce qui concerne les femmes mariées. Non seulement il a écarté le privilège exorbitant de la loi *Assiduis* que la réponse de Treilhard à une observation de Cambacérès et l'article 1572 du Code ne permettraient même plus de rétablir par contrat de mariage ; il a même renoncé à donner à la femme le rang unique que lui accordait presque unanimement notre ancienne jurisprudence.

Ces deux systèmes absolus ont été écartés par le Tribunal après discussion : c'est interpréter fidèlement sa pensée, en même temps que le texte de la loi, que de conclure à son intention d'adopter le seul système logique.

Des auteurs récents (1), tout en reconnaissant que « cette opinion est certainement satisfaisante et (que) le principe qu'elle pose donne la solution des graves difficultés de la matière », l'ont cependant rejetée sous le

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1472.

prétexte qu'elle ne répondait pas à la pensée du législateur.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes voient dans les discussions du Tribunat et dans l'article 2135 « une distinction, de deux règles, qui excluent un principe unique. » (1)

1^o Pour la dot et les conventions matrimoniales, l'hypothèque est donnée par la loi au jour de la célébration du mariage. C'est parce que ces créances ont leur origine dans les pouvoirs du mari ou leur cause dans les conventions matrimoniales. Dans cette mesure seulement, l'alinéa 1^{er} pose une règle générale, comme le dit le premier système.

2^o La seconde règle concerne les droits qui naissent après le mariage, à la suite d'une nouvelle manifestation de volonté de la femme. L'article 2135 l'applique aux obligations et aux aliénations : il n'y a pas d'hypothèque avant ces actes, parce qu'il dépendait de la volonté de la femme de devenir créancière en s'obligeant ou en vendant.

On tire aussi argument, en faveur de cette distinction, des fraudes qui peuvent résulter, au détriment de créanciers ou d'acquéreurs du mari, d'actes volontaires de la femme postérieurs à la célébration du mariage. Les rédacteurs du Code ont, à plusieurs reprises, insisté sur ce danger et c'est un des motifs pour lesquels ils ont, à la suite des observations du Tribunat, reculé le

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1475.

rang hypothécaire de la femme quand la naissance de sa créance dépend d'une manifestation de sa volonté. Dans les hypothèses au contraire où elle n'a pas à intervenir, ce danger n'existant pas, l'hypothèque peut remonter au jour du mariage.

Chacune de ces deux règles doit être étendue par analogie aux cas non prévus par l'article 2135.

Nous ne croyons pas cette opinion justifiée.

Pour que la distinction proposée correspondit à la pensée du législateur, il faudrait qu'au moins toutes les hypothèses résolues au texte pussent rentrer dans l'une ou l'autre des deux catégories.

Or on est immédiatement obligé d'apporter à la première règle une exception, pour les sommes provenant de successions ou donations recueillies au cours du mariage. L'hypothèque ne remontera qu'à la succession ou à la donation, c'est-à-dire au jour où commence l'administration du mari.

Voilà une brèche au premier principe, et c'est la loi même qui l'ouvre : dans une hypothèse où la créance de la femme naît indépendamment d'une manifestation de sa volonté postérieure au mariage, l'hypothèque ne remonte pas au jour du mariage. C'est donc un troisième terme de distinction à créer !

Autre brèche, faite par nos auteurs mêmes. Un propre de la femme est exproprié pour cause d'utilité publique au cours du mariage : aucun acte volontaire de la femme ; aucune fraude à redouter pour les créan-

ciers : cependant MM. Baudry-Lacantinerie et de Loy-
nes eux-mêmes ne donnent pas hypothèque à la date
du mariage.

Comment concilier avec cette théorie une autre solu-
tion donnée par les mêmes auteurs ? Quand le mari a
touché sans mandat des sommes paraphernales, ils font
partir l'hypothèque de la femme du jour du paiement :
pourquoi ne remonte-t-elle pas au mariage, en l'absence
d'une manifestation ultérieure de volonté de la femme ?

Concluons qu'il n'est ni logique ni même conforme
à la volonté du législateur, qu'on prétend respecter, de
chercher dans la loi deux règles auxquelles le texte est
le premier à déroger. Des motifs mêmes invoqués en
faveur de cette distinction se dégage l'aveu qu'il s'agit,
dans ses deux branches, de l'application d'un principe
unique, celui que nous avons adopté et qui a l'avantage
d'expliquer aussi les prétendues exceptions.

On dit, à la suite du Tribunal, pour les obligations et
ventes, qu'il est injuste que l'hypothèque existe avant
l'acte qui forme l'origine de la créance ; qu'il est odieux
que la femme puisse, en s'obligeant ou en vendant, pri-
mer des acquéreurs ou des créanciers dont le titre est
antérieur : nous l'avons déjà exposé, ces explications
signifient que l'hypothèque prend naissance avec la
créance.

C'est d'ailleurs parce qu'ils admettent ce point que
les auteurs cités donnent hypothèque au jour des obliga-
tions ou ventes. Ils font bien remarquer que la femme

ne sera peut-être jamais obligée de payer, que le remploi sera peut-être effectué. Ils pourraient en conclure que l'hypothèque à la date de l'acte ne se justifie pas par une créance. Bien au contraire, c'est l'explication qu'ils en donnent : la femme qui peut être, dès l'obligation, tenue de payer la dette, qui court le risque, dès la vente, de voir le prix touché et dissipé par le mari, acquiert à cette date une créance éventuelle, aussitôt garantie par son hypothèque.

Pour la première règle, même explication : « Alors la créance de la femme naît, éventuellement au moins, au moment de cette célébration ; à ce moment commence aussi la responsabilité du mari ; à cette date doit, par analogie, s'il en est besoin, exister l'hypothèque légale. » (1)

Au lieu de créer ces deux catégories, inutiles et inexactes, ne vaut-il pas mieux dégager le principe unique qui les domine et donne la clef des prétendues exceptions ? Celles-ci deviennent des applications de ce principe. On reste en parfaite harmonie, dans toutes les hypothèses, avec la pensée du législateur et le texte de la loi.

On a fait au système que nous défendons une objection d'un autre ordre. S'il est exact que l'hypothèque a pour fondement une créance et doit naître en même temps, elle ne devrait remonter qu'au jour où le mari a reçu paiement de la dot, a touché les sommes

1 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1475.

provenant de successions ou de donations, le prix d'aliénation des propres, au jour où la femme a exécuté son obligation.

Nous avons vu MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes répondre eux-mêmes, en ce qui concerne les obligations et ventes, à cette objection. La créance de la femme existe dès qu'elle court un risque. D'une manière plus générale, l'hypothèque de la femme garantit les créances même indéterminées, même éventuelles : l'article 2153 dispense de les évaluer dans l'inscription ; s'il prévoit leur inscription, c'est qu'elles sont garanties par l'hypothèque. Or la créance de la femme existe en germe dès la célébration du mariage, dès le moment où le mari a un droit dont l'exercice devient une obligation et peut le constituer débiteur de sa femme. (1) Il suffit que le mari ait le pouvoir de toucher la dot pour que sa responsabilité soit engagée : avec son pouvoir est née une créance éventuelle de la femme, immédiatement garantie par l'hypothèque légale.

Le mari s'est occupé de la gestion des paraphernaux, soit en vertu d'un mandat, soit malgré l'opposition de sa femme : peut-être est-il bon administrateur, mais il suffit qu'il exerce ou usurpe des pouvoirs pour que la femme coure un risque, dont il faut la garantir dès qu'il existe.

Peut-être les époux vivront-ils toujours en bonne intelligence ; ou bien la séparation de corps ne sera

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1472.

prononcée, la femme n'obtiendra une pension alimentaire, qu'après de longues années de vie commune. Cependant, si on reconnaît à cette créance la garantie de l'hypothèque légale, il faut la faire remonter au jour du mariage : la pension alimentaire sanctionne, en effet, l'obligation que le mari a contractée, *au jour du mariage*, de fournir à la femme tout ce qui lui est nécessaire. La séparation de corps donne simplement une forme nouvelle à cette obligation.

Sans insister davantage sur les conséquences de notre système (nous aurons l'occasion de les indiquer en examinant le rang de l'hypothèque pour chaque créance), terminons-en l'exposé en montrant qu'il sauvegarde, dans la mesure du possible, les droits des tiers.

Sans doute la clandestinité que le Code civil a cru devoir maintenir en faveur des incapables ne permettra pas aux créanciers ou acquéreurs du mari de connaître les limites de son crédit et les charges réelles qu'ils ont à subir ; mais du moins, suivant l'observation du Tribunal, la femme ne pourra plus, en s'obligeant ou en aliénant un de ses propres, passer, de bonne ou de mauvaise foi, devant ces tiers et ruiner la situation sur laquelle ils avaient cru pouvoir compter ; les tiers ne connaissent pas la situation du mari au moment où ils traitent, mais du moins les créances de la femme nées après qu'ils ont traité ne l'empirent pas.

Le jour même où le principe de la publicité serait étendu aux incapables, notre système présenterait en-

core pour les tiers un intérêt pratique. Sans doute l'hypothèque ne leur serait plus opposable que du jour de son inscription. Mais l'opinion qui admet qu'elle naisse dès le mariage, avant la créance, n'empêcherait pas la femme de prendre inscription au jour du mariage pour les aliénations dotales qu'elle pourra consentir dans la suite, pour les paraphernaux dont il lui plaira peut-être un jour de laisser la gestion à son mari. On voit combien la publicité même serait insuffisante pour la protection des tiers, primés par une hypothèque garantissant une vente dont l'existence même est douteuse ! Notre système évite cet inconvénient : jamais la femme n'aura d'hypothèque, jamais elle ne pourra s'inscrire avant d'avoir une créance contre son mari.

§ 4. — Des dérogations au rang fixé par l'art. 2135

Avant de donner le commentaire de l'article 2135, nous devons résoudre une question de principe : quel est le caractère de ses dispositions et est-il permis d'y déroger ?

Nous n'avons pas, bien entendu, à parler ici de l'hypothèse où la femme, dans l'intérêt de son crédit ou de celui de son mari, cède à un créancier la priorité de son hypothèque. Notre étude ne comprend que le classement des diverses créances de la femme au point de

vue du rang hypothécaire. Peut-elle, une fois ce rang fixé, mettre à sa place un créancier postérieur ? cette question n'est plus de notre domaine : le rang de l'hypothèque légale reste celui que détermine l'article 2135 ; seul, le bénéficiaire en est changé.

On peut concevoir des dérogations à l'article 2135 dans deux sens différents.

1^o Dans l'intérêt de la femme, le contrat de mariage stipule à son profit un rang hypothécaire plus favorable que celui de l'article 2135.

2^o Dans l'intérêt du mari, la femme, par une clause du contrat de mariage, abandonne le rang fixé pour telle créance par la loi, pour donner à son hypothèque un rang postérieur.

Il n'est pas loisible aux époux de rétablir le privilège de la loi *Assiduis*, grâce auquel la femme primait pour la restitution de sa dot, les créanciers du mari même antérieurs au mariage. A l'observation du consul Cambacérès que, sous le nouveau régime hypothécaire, on croirait ces stipulations permises, Treilhard répondit que la rédaction projetée les excluait. (1) Il existe d'ailleurs sur ce point dans le Code un texte formel, l'article 1572 :

« La femme et ses héritiers n'ont point de privilège pour la répétition de la dot sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. »

1 V. *supra*, p. 34.

Or les privilèges ne peuvent résulter de la convention des parties.

Les mêmes arguments écartent la possibilité de rétablir, même par convention insérée dans le contrat de mariage, l'hypothèque générale attachée de plein droit par l'ancienne jurisprudence au contrat notarié.

Mais l'observation de Treilhard et l'article 1572, se rapportant à l'ancien privilège romain, ne concernent que la dot. Serait-il permis de stipuler que l'hypothèque de la femme aura une date unique, celle de la célébration du mariage, même pour les obligations et aliénations ?

La réponse n'est pas douteuse. Il n'est « pas permis de déroger par convention aux dispositions légales établies dans l'intérêt des tiers » (1). L'article 2135, qui intéresse les tiers, est d'ordre public. L'article 6 lui est applicable.

Une décision ancienne de la Chambre des Requêtes (2) avait admis la stipulation d'une telle hypothèque qu'il qualifiait lui-même de contractuelle, mais dispensait cependant d'inscription. Sur ce dernier point seulement, cet arrêt a été critiqué : la dispense d'inscription n'est

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 401, texte et note 62. — Dans le même sens : Baudry-Lacantinerie et de Loyues, II, n° 1459; Guillouard, II, n° 832 et 845. — *Contrà*, Delvincourt, III, p. 327.

(2) Req., 26 février 1829, D., 29. 1. 161.

accordée par la loi qu'à certaines hypothèques *légales*. (1)

Les clauses dérogatoires à l'article 2135 peuvent paraître plus admissibles, quand elles attribuent à l'hypothèque un rang moins favorable que son rang légal. L'intérêt des tiers n'est plus violé et les créanciers et acquéreurs du mari profitent au contraire d'une telle stipulation.

Dans un contrat de mariage avait été insérée la clause suivante :

« Les immeubles du mari seront affranchis de l'hypothèque légale à raison des créances que la femme s'est constituées en dot, jusqu'à l'époque où le mari en effectuera le recouvrement. »

Un jugement du tribunal de Valence (2) admit la validité de cette clause, en se fondant sur la liberté des conventions matrimoniales. L'article 2140 autorise les

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* page précédente ; Guillouard, II, n° 832.

Sa décision se justifiait cependant dans l'espèce ; il s'agissait d'une convention antérieure au Code civil, par laquelle les parties avaient dérogé à l'article 429 de la Coutume de Bretagne et attribué à la femme, pour ses créances en cas d'obligations et ventes, une hypothèque remontant au contrat de mariage.

Si l'on admet la validité de cette convention, elle avait fait acquérir ce rang à l'hypothèque par elle-même, à une époque où toutes les hypothèques étaient occultes. La nécessité de l'inscription établie par le Code pour les hypothèques conventionnelles n'a pu rétroactivement enlever à la femme le droit au rang qu'elle avait acquis. Peut-être même devait-on y voir un retour au droit commun de l'hypothèque légale plutôt que la stipulation d'une hypothèque conventionnelle.

Ce qu'il est exact de dire, c'est que sous le régime de la publicité organisé par le Code pour les hypothèques conventionnelles, une telle hypothèque, à la supposer valable, ne serait opposable aux tiers que par l'inscription.

2) Trib. Valence, 13 avril 1867, D., 68, 2, 171.

futurs époux à dégrever de l'hypothèque une partie des immeubles du mari. Une convention qui ne supprime pas l'hypothèque, mais en restreint seulement la portée, doit être à plus forte raison considérée comme licite. Le tribunal ajoutait que cette clause créait pour la dot la situation même que l'article 2135 a prévue pour les successions, donations et remplois : l'hypothèque prenait rang au jour où le mari devenait administrateur.

Cette décision a été réformée en appel. D'après la Cour (1), les dispositions des articles 2121 et 2135 qui accordent une hypothèque légale à la femme, à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, sont d'ordre public ; il n'est pas permis aux époux d'y déroger. L'intérêt social exige que les garanties accordées par la loi à la femme comme contrepoids de la puissance maritale ne soient pas rendues illusoires par les stipulations de son contrat. L'article 2140 admet une exception : c'est qu'un texte était nécessaire pour écarter l'article 2121 ; il n'existe pas de texte qui écarte l'article 2135.

La Cour ajoute qu'on ne doit pas assimiler cette hypothèse à celle des successions, donations et remplois. Le mari était administrateur de la dot dès le jour du mariage. Il devait « surveiller la solvabilité des débiteurs, renouveler les inscriptions et remplir toutes autres formalités nécessaires pour empêcher des déchéances. » L'hypothèque était donc indispensable, à

(1) Grenoble, 7 mars 1868, D., *loc. cit.*

partir du mariage même, pour garantir la dot contre un défaut de surveillance du mari ou contre la substitution imprudente de nouveaux débiteurs, non tenus du emploi.

La solution de la Cour de Grenoble est généralement approuvée (1).

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 401 ; Guillouard, II, n° 832 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1459.

DEUXIÈME PARTIE

DU RANG DE L'HYPOTHÈQUE DISPENSÉE D'INSCRIPTION

Nous examinerons dans deux chapitres les cas prévus par l'article 2135 et les autres hypothèses de créances. Un court chapitre troisième sera consacré à l'étude d'une difficulté qui résulte de la pluralité des rangs de l'hypothèque.

CHAPITRE PREMIER

DES CAS PRÉVUS PAR L'ARTICLE 2135

SECTION I

Créances garanties par une hypothèque à la date du mariage

D'après l'article 2135, « l'hypothèque existe : ...

« 2^o Au profit des femmes, pour raison de leurs dots

et conventions matrimoniales... à compter du jour du mariage. »

Avant d'entrer dans le commentaire des mots « dot et conventions matrimoniales », signalons une controverse sur le point de départ précis de l'hypothèque, née de la différence de rédaction entre l'article 2135 et les articles 2194 et 2195.

L'article 2194 énumère les formalités à remplir pour la purge des hypothèques non inscrites ; dans le cas où les femmes auront fait inscrire leur hypothèque dans le délai de deux mois qu'il indique, ces inscriptions « auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage », et l'article suivant répète que ces inscriptions « auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la date du contrat de mariage. »

Des auteurs et quelques décisions judiciaires (1) ont tenté de concilier ces textes contradictoires en rétablissant une distinction généralement adoptée dans notre ancienne jurisprudence. L'article 2135 a été écrit pour l'hypothèse où il n'a pas été rédigé de contrat de mariage : l'hypothèque de la femme, pour sa dot et ses conventions matrimoniales, prend rang au jour de la célébration du mariage.

S'il existe un contrat de mariage, c'est à la date de sa rédaction qu'il faut faire remonter l'hypothèque, conformément aux articles 2194 et 2195.

(1) Troplong, nos 759 ss ; Wolowski, *Rev. de Lég.* : I, p. 278 ; Trib. Montpellier, 7 janvier 1870, D., 71. 3. 7, ; Grenoble, 8 fév. 79, S., 80. 2. 69, D. 80. 2. 149, (ne discute pas la question).

On invoque en ce sens le silence des travaux préparatoires, qu'on interprète comme une consécration tacite de l'ancienne distinction.

On ajoute que le contrat de mariage constate les apports et les donations, leur réception par le mari ; reculer l'hypothèque de la femme jusqu'au jour de la célébration du mariage, c'est la laisser, dans l'intervalle, livrée sans défense au mari et aboutir à refuser à ce dernier, contrairement à la pratique, la délivrance de la dot dès le jour du contrat.

Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. La doctrine reconnaît unanimement qu'il faut, dans tous les cas, s'en tenir à l'article 2135 et c'est ce qu'a aussi décidé la Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 22 janvier 1878, rendu conformément aux conclusions d'un savant rapport de M. le conseiller Barafort. (1)

Sans doute, dans notre ancienne jurisprudence, l'hypothèque légale de la femme remontait au jour du contrat de mariage. Mais cette disposition, nous l'avons déjà vu, résultait du principe alors admis que les actes notariés emportaient de plein droit hypothèque générale sur les biens du débiteur : si le contrat de mariage conférait à la femme hypothèque à sa date, c'est parce qu'il était passé devant notaire. Ce motif déjà donné par nos anciens auteurs (2) et l'un d'eux (3) cite

(1) V. cet arrêt avec le rapport D., 78. 1.154. Dans le même sens : Nîmes, 26 mars 1833, S., 34. 2.89 ; Caen, 5 juin 1876, S., 77. 2.118 et, sur pourvoi, l'arrêt de la Chambre des Requêtes déjà cité ; Grenoble, 19 déc. 1893, D., 95, 2.140.

(2) Pothier, *De l'hypothèque*, ch. 1^{re}, art. 1^{er}, n° 10, éd. Bugnet, t. IX, p. 425.

(3) Serres, *Institutions de droit français*, p. 529.

même un arrêt du Parlement de Toulouse, du 7 juin 1719, d'après lequel les pactes privés de mariage n'ont ni privilège ni hypothèque, si ce n'est du jour de l'aveu et ne peuvent porter préjudice aux créanciers antérieurs à l'aveu.

Le Code civil a supprimé l'hypothèque générale tacite attachée aux actes notariés ; il n'avait donc pas besoin d'abroger expressément une distinction qui n'en était que la conséquence.

Les textes mêmes qu'on objecte ne sont pas absolument probants. L'expression contrat de mariage prête à équivoque, comme le remarquait déjà Pothier (1) et, après lui, elle a parfois été employée par le Code civil dans le sens de mariage (articles 144 et 1399). L'article 2121 n'accorde d'ailleurs l'hypothèque qu'aux femmes mariées. Il faudrait lui faire dire qu'une future épouse a déjà une hypothèque.

En tout cas, même si un doute subsistait sur le sens exact des expressions employées par les articles 2194 et 2195, c'est à l'article 2135 qu'il faudrait donner la préférence : c'est l'article 2135 qui est le siège de la matière ; écrit spécialement pour fixer le rang de la femme, il a dû être rédigé avec plus de précision que des articles concernant principalement la purge des hypothèques.

L'article 1404, invoqué comme argument d'analogie, est un texte exceptionnel, dont le but est d'éviter que la

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, p. 1, dans lequel il traite de l'union des personnes et non du régime des biens, objet de ses traités de la Communauté et du Douaire.

composition de la communauté ne soit modifiée après le contrat de mariage au détriment d'un des conjoints : on ne peut en déduire que le contrat de mariage produise des effets avant la célébration du mariage.

Le principe d'après lequel l'hypothèque ne date que de la célébration du mariage doit être étendu même au cas où le mari aurait reçu la dot avant la célébration du mariage (1). La femme peut bien devenir créancière, mais ce n'est pas comme femme mariée ; les pouvoirs du mari, contre l'abus desquels a été instituée l'hypothèque légale, n'existent pas encore : il ne peut être tenu que comme un mandataire ordinaire.

Cette opinion est seule conciliable avec la publicité des hypothèques et l'intérêt des tiers. Si la publicité du mariage peut paraître suffisante pour avertir les tiers des charges qui grèvent le patrimoine du mari, il serait injuste et dangereux pour eux de faire remonter ces charges à un contrat de mariage qu'ils ne connaissent pas au moment de sa confection. (2)

1) Pont, II, n° 752 ; Aubry et Rau, III, § 264 *1er*, p. 492, note 64, *in fine* ; Guillouard, II, n° 837 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1478.

(2) En ce sens, outre les auteurs cités à la note précédente, voir Rodière et Pont, *Du Contrat de mariage*, III, n° 1935 ; Thézard, n° 226.

§ 1^{er} — De la dot

La dot est l'apport fait par la femme au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage. L'hypothèque légale suppose une créance de restitution de cet apport. Si la femme le retire en nature ou prend sa part dans la communauté, elle n'a pas besoin de cette garantie, parce qu'elle exerce un droit de propriété ou de copropriété, et non un droit de créance.

Quand la dot a été constituée en argent, le mari en devient propriétaire. La femme est créancière de son montant, sous le régime dotal, le régime sans communauté et même, si le contrat de mariage ou une donation postérieure la lui réserve en propre, ou la communauté.

Dans tous les systèmes, on admet que l'hypothèque garantissant la restitution de la dot remonte au jour du mariage : l'article 2135-2^o, 1^{er} alinéa, contient une règle qu'on applique sans distinguer si le mari l'a reçue dès le contrat de mariage ou seulement après la célébration du mariage ou si même elle n'était exigible qu'à une époque postérieure.

Cette solution se concilie sans peine avec l'opinion qui voit dans cet alinéa un principe général, comme avec celle qui emploie l'interprétation par analogie, inutile en présence d'un texte formel.

Elle est également acceptée par ceux qui font naître l'hypothèque au même moment que la créance : pour

le premier cas, nous avons déjà vu que l'hypothèque ne peut garantir avant le mariage une créance qui n'est pas encore créance de femme mariée ; dans les autres hypothèses, la femme est, dès le mariage, créancière du mari, tenu par son rôle d'administrateur de la responsabilité minima de ne pas laisser se perdre sa créance. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (1) se contentent de dire que cette créance ne dépend d'aucune manifestation ultérieure de volonté.

Enfin, il n'est pas inutile de le noter, le système de l'administration donne les mêmes solutions. Pont (2) approuve les motifs d'un arrêt de la Cour de Bordeaux, ainsi conçus :

« C'est aller contre tous les principes reçus en cette matière que de prétendre que l'hypothèque légale n'affecte actuellement (au jour du mariage) les biens du mari que jusqu'à concurrence de la partie de la dot qu'il a touchée ; elle les affecte pour le tout (article 2135), avec cette seule différence que l'effet en est définitif quant à la partie reçue de la dot, tandis que, pour la partie non exigible, il n'est encore qu'éventuel et subordonné à la condition si le mari la reçoit ; mais l'hypothèque n'en subsiste pas moins pour cette partie comme pour la première et doit, la condition accomplie, remonter pour le tout au jour du mariage. » (3)

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1476.

(2) Pont, II, n° 752.

(3) Bordeaux, 10 août 1853. *Journal du Palais*, 56.1.499. Dans le même sens : Thézard, n° 226 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 493, note 64.

Il n'est pas douteux que « l'état liquidatif qui intervient après la dissolution du mariage ne crée pas la créance de reprises de la femme, mais se borne à la constater telle qu'elle existait précédemment. » C'est ce qu'a décidé la Cour de Dijon. (1) N'ayant pas procédé à la purge, un acquéreur d'un immeuble du mari prétendait, sur les poursuites de saisie réelle exercées par la femme, faire tierce opposition au jugement qui avait homologué, postérieurement à la vente, ses reprises dotales. L'arrêt a rejeté sa prétention et fait remonter l'hypothèque au jour du mariage.

On doit lui donner le même rang, dans le cas où l'exercice par le mari d'une action en rescision, en nullité ou d'un droit de réméré, compris dans la dot de la femme, a pour effet la rentrée d'une somme : la femme est réputée apporter au moment du mariage la somme représentée par ce droit de recouvrement. (2)

Pour la dot constituée en meubles corporels ou incorporels, le rang de l'hypothèque qui garantit la restitution de leur valeur est diversement fixé, suivant les pouvoirs de disposition reconnus au mari.

Les propres dits imparfaits ont une condition identique à celle de la dot en argent ; ils se trouvent con-

(1) Dijon, 14 déc. 1896, D., 98, 2, 124. L'arrêt mérite cependant d'être critiqué pour cette formule trop étroite que « le mari devient débiteur de la dot du jour du mariage par la réception des valeurs qui la composent. » Nous venons de voir que, même à défaut de cette réception, l'hypothèque date du mariage.

(2) Pont, II, n° 775 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, n° 676 ; Beudant, II, n° 732 ; Aubry et Rau, p. 406, texte et note 72 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1476. — *Contra* : Troplong, II, n° 587.

fondus dans le patrimoine du mari, qui en devient véritable propriétaire, à charge de tenir compte à sa femme de leur valeur. Ce pouvoir du mari crée pour elle le même risque ; elle doit avoir hypothèque du jour du mariage, où ce risque commence.

La même solution sera étendue aux meubles corporels, si l'on reconnaît au mari le droit d'en disposer seul, soit que la femme aie dès le mariage une créance éventuelle indépendante d'une manifestation ultérieure de sa volonté (1), soit que les pouvoirs étendus du mari constituent un risque né au moment du mariage, dont il faut dès ce jour la garantir.

Mais au moins sous la communauté, on exige en général pour l'aliénation le consentement de la femme, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles (2). Dans cette opinion, la femme paraît complètement safeguardée jusqu'à la vente par son droit de propriété. L'hypothèque ne devrait, comme pour les immeubles, prendre rang qu'an jour de l'aliénation.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (3) écartent cependant cette assimilation, en observant que, par la tradition faite par le mari à un possesseur de bonne foi (article 2279), la femme est exposée à perdre son droit sans sa volonté ; cette situation naît de la consti-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

(2) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, I, n° 759 et les autorités citées.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* Dans le même sens : Colnet de Santerre, IX, n° 105 bis-III.

tution de dot : l'hypothèque doit remonter au jour du mariage. Bien que cette tradition dépasse les pouvoirs d'administration du mari, cette solution mérite d'être approuvée ; il suffit que le mari ait pu avoir entre les mains les meubles appartenant à sa femme, pour qu'un risque soit né pour celle-ci.

L'hypothèque relative aux meubles corporels remontera donc toujours à la célébration du mariage, quelque parti qu'on adopte sur le pouvoir du mari. Cette règle est applicable aux titres au porteur.

Si la dot comprenait des valeurs mobilières ou autres meubles incorporels, il serait, au contraire, indispensable de résoudre cette question préalable. En exigeant pour la vente le consentement de la femme, on lui assure jusqu'à l'aliénation la sauvegarde résultant de son droit de propriété. Il n'y a pas de motif de lui accorder une meilleure garantie que pour une dot immobilière (1).

Dans ces hypothèses, l'hypothèque ne doit pas remonter au-delà de la vente. Cette règle, qui soulève des controverses, fera l'objet du paragraphe 5.

La responsabilité du mari, en ce qui concerne la restitution de la dot, ne découle pas seulement de véritables aliénations. Sa négligence, sa faute ont peut-être fait perdre à sa femme une partie de sa dot ; des créances se sont éteintes par la prescription ou ont perdu toute valeur par l'insolvabilité de débiteurs insuffisamment

1) Thézard, n° 228. Cf. Grenoble, 3 février 1879, D., 80. 2. 149., S., 80. 2. 69.

surveillés ; le mari a laissé se dégrader des immeubles ou commis des abus de jouissance. Nés du mariage, ses pouvoirs d'administrateur engagent sa responsabilité, confèrent à la femme une créance à cette date. L'hypothèque qui garantit le recours en indemnité prend rang au jour du mariage. (1)

L'arrêt de la Cour de Paris cité en note a appliqué cette solution au cas de dissipation par le mari d'effets mobiliers que la femme s'était constitués en dot et dont elle s'était réservé la propriété par une stipulation particulière de son contrat de mariage ; peu importe cette réserve de propriété, rendue vaine par la mise des valeurs à la disposition du mari le jour même du mariage. L'analogie avec le cas d'une vente consentie par la femme (art. 2135, al. 3) a été avec raison écartée.

Pour l'indemnité d'assurance contre l'incendie de l'immeuble dotal, considérée comme propre même sous le régime de communauté, et que le mari a le pouvoir de toucher, on fait aussi remonter l'hypothèque au jour du mariage (2).

Nous approuvons cette solution lorsque la dot était déjà assurée au moment du mariage : la femme apportait un immeuble ou éventuellement une indemnité d'as-

(1) Pont, II, n^{os} 775 et 776 ; Rodière et Pont, *Du Contrat de mariage*, II, n^o 676 ; Guillouard, II, n^o 851 ; Beudant, II, n^o 734 ; Aubry et Rau, III, § 264 *1er*, p. 406, texte et note 73 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1476 ; Poitiers, 14 décembre 1830, S., 31, 2. 214 ; Paris, 9 février 1856, D., 56, 2. 95 ; Cass., 27 décembre 1859, D., 60, 1, 105 ; Toulouse, 18 juillet 1893, *Pand. fr.*, 94, 2. 46.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1476.

assurance dont la créance contre la Compagnie la constituait créancière de son mari.

En serait-il de même, dans le cas où le contrat d'assurance est postérieur au mariage ? MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, se fondant sur ce motif que la créance de la femme naît sans manifestation nouvelle de sa volonté, ne soulèvent même pas cette question particulière.

Sans doute, l'assurance sera prise par le mari seul, en vertu de ses pouvoirs d'administrateur. Mais avant qu'il ne la contracte, peut-on le dire tenu d'autre chose que de restituer la dot en nature ? C'est seulement le jour où il traite avec la Compagnie que la femme devient créancière éventuelle de l'assureur et que cette créance peut constituer son mari débiteur éventuel de l'indemnité.

Cette hypothèse nous paraît assimilable à celle d'une vente ou d'une expropriation.

Avant l'aliénation, la femme est propriétaire d'une dot en nature ; c'est la vente qui, la transformant en argent de son propre consentement, constitue la femme créancière éventuelle du mari.

Dans le cas où l'immeuble dotal est exproprié pour cause d'utilité publique, les auteurs que nous citons ne donnent pas à la femme hypothèque du jour du mariage. Or quel est le résultat du jugement d'expropriation ? C'est de transformer le droit de la femme en une indemnité à fixer par le jury.

Jusqu'à la vente, jusqu'au jugement d'expropriation, la femme n'a pas d'hypothèque, parce qu'elle est propriétaire et non créancière. Il en est absolument de même tant que l'immeuble dotal n'est pas assuré. C'est seulement le contrat d'assurance qui transforme le droit de propriété en une créance éventuelle en indemnité contre l'assureur. La créance éventuelle contre le mari ne peut naître avant celle contre l'assureur. Dira-t-on que, comme administrateur, le mari est tenu d'assurer l'immeuble? Il faudrait alors, en cas de non-assurance, le rendre responsable de la valeur de la maison détruite par l'incendie! Sera-t-on plus rigoureux pour lui, s'il l'a fait assurer?

L'application faite par M. de Loynes de son système nous paraît contraire au principe que l'hypothèque ne peut être antérieure à la créance : c'est une nouvelle raison d'écarter, avec sa conséquence logique, le système lui-même.

Nous ne reculons d'ailleurs pas le rang de l'hypothèque jusqu'au jour où le mari touche l'indemnité, ni même au jour de l'incendie. La créance contre le mari existe à partir de l'assurance contractée, comme à partir de la vente ou du jugement d'expropriation. L'hypothèque doit y être attachée dès sa naissance.

La femme ne peut exercer son hypothèque légale pour la restitution de sa dot qu'à la condition de prouver l'existence de ses droits, c'est-à-dire la constitution de dot qu'elle s'est faite ou qui lui a été faite par des

liers, et la réception des valeurs par le mari. Mais, il est utile de l'observer, les controverses qui se sont élevées sur l'admission des divers modes de preuve, notamment sur l'interprétation des articles 1499 et 1510 et de l'article 1569 du Code civil, ainsi que sur l'étendue d'application de l'article 563 du Code de commerce, concernant les conditions et les limites d'exercice de l'hypothèque, mais ne présentent aucun intérêt au point de vue de la fixation de son rang : peu importe la preuve de la date de la réception de la dot par le mari, puisque l'hypothèque remonte au mariage, quelle que soit l'époque de la réception ou de l'exigibilité de la dot.

§ 2. — Des conventions matrimoniales

L'article 2135 accorde aux créances résultant des « conventions matrimoniales » le même rang hypothécaire qu'à la dot.

Que faut-il entendre par cette expression ?

L'opinion générale l'interprète largement et y comprend non seulement les avantages conférés à la femme par des stipulations expresses de son contrat de mariage, mais ceux qui résultent de la loi, considérée comme présument la volonté des époux. Aubry et Rau (1), parlant de l'idée que, « sauf quelques règles impératives ou prohibitives et d'ordre public, les dispositions

(1) Aubry et Rau. III, § 264 *ter*, p. 375 et 376, texte et note 19.

du Code qui déterminent les effets des différents régimes matrimoniaux sont purement déclaratives de la volonté présumée des parties », englobent même dans les conventions matrimoniales, outre les avantages matrimoniaux, « les créances que la femme a pu acquérir contre son mari, comme administrateur de ses biens personnels, soit en vertu d'un mandat formel qu'elle lui a donné dans le contrat de mariage, soit en vertu des pouvoirs virtuellement inhérents au régime sous lequel elle s'est mariée. »

C'est en s'appuyant sur les mots « conventions matrimoniales » ainsi interprétés que ces auteurs (1) donnent à la femme hypothèque au jour du mariage pour certaines causes de créances que nous avons déjà examinées, en les rattachant au mot « dot ».

Nous n'avons donc à parler maintenant que des avantages matrimoniaux proprement dits, expressément stipulés dans le contrat de mariage ou conférés par la loi.

Suivant l'observation d'une portée générale déjà faite à propos de la dot, les avantages matrimoniaux ne confèrent hypothèque que s'ils constituent la femme créancière du mari ou de sa succession : sa part de communauté, même stipulée supérieure à celle du mari, et le préciput, qui n'est qu'une opération préalable au partage, ne sont garantis que par le privilège du copartageant (2).

(1) P. 406, texte et notes 71 à 73. Cf. Planiol, II, n° 3132.

(2) Aubry et Rau, p. 376, texte et note 20 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 984 ; Planiol, II, n° 3131 ; Bordeaux, 22 juillet 1869, D., 71. 2. 89, S., 70. 2. 80.

Cependant, si le préciput était stipulé même au profit de la femme renonçante à la communauté, sa créance devrait être garantie par l'hypothèque légale : elle ne se présente plus comme copartageante, mais comme créancière du mari (1).

Peu importe que les créances soient actuelles ou éventuelles. L'hypothèque garantit les donations pures et simples et les gains de survie sur les biens présents (2). Elle garantit même, d'après certains auteurs, l'insitution contractuelle et la donation d'une somme à prendre sur les valeurs les plus claires de la succession du mari. La donation de biens à venir laisse bien en effet au donateur la faculté d'aliéner à titre onéreux ou d'hypothéquer, mais non celle de disposer à titre gratuit. Dans une mesure restreinte, le droit de la femme est donc certain et définitif et doit être protégé par l'hypothèque légale (3).

Nous accorderons aussi cette garantie aux divers avantages que la loi reconnaît à la femme en cas de survie : frais du deuil du mari ; loyer d'habitation et

(1) En ce sens : les auteurs cités à la page 93, note 2. *Contra* : Guillouard, II, n° 766.

(2) Aubry et Rau, p. 377 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 985 ; Req., 27 décembre 1859, D., 60, I. 105 ; Grenoble, 8 février 1879, D., 80, 2. 149 ; trib. Toulouse, 15 mars 1888, D., 89, 2. 25. Grenoble, 19 décembre 1893, D., 95, 2. 140.

(3) Thézard, n° 91 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 377, texte et note 23 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 985 ; Paris, 15 juin 1874, D., 77, 2. 208 ; Toulouse, 30 juill. 1888, D., 89, 2. 25. — *Contra* : Pont, I, n° 438 ; Guillouard, II, n° 770 ; Chambéry, 1^{er} mai 1874 et, sur pourvoi, Req., 3 février 1875, D., 75, 1. 486 ; Req., 16 mai 1855, D., 55, 1. 245.

aliments pendant des délais variant suivant les régimes. Ce sont de véritables conventions matrimoniales présumées (1).

En vertu de l'idée que toutes ces créances se rattachent aux conventions matrimoniales, l'hypothèque qui les garantit prend rang au jour du mariage (2). Cette solution est admise non seulement par ceux qui voient dans l'alinéa 1^{er} de l'article 2135-2^o un principe général, auquel aucune dérogation n'est apportée ici, et par ceux qui donnent ce rang pour toute créance indépendante d'une manifestation postérieure de la volonté de la femme, mais par ceux qui font naître l'hypothèque à la date de la créance.

Beudant (3) la conteste cependant dans l'hypothèse d'institution contractuelle. « On pourrait, dit-il, être tenté de croire que le droit de la femme et l'hypothèque qui garantit ce droit prennent naissance à la date du mariage, parce qu'il s'agit de droits résultant des conventions matrimoniales. Mais il faut préférer la date du décès du constituant, parce que c'est à cette époque seulement

(1) Aubry et Rau, p. 379 ; Guillouard, II, n^o 772 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 985. — *Contrà*, pour le deuil : Troplong, I, n^o 418 *bis* ; Pont, I, n^o 437.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1477, pour les gains de survie et le préciput en cas de renonciation ; Req., 27 déc. 1859 et Grenoble, 8 févr. 1879 (hypothèque au jour du contrat de mariage) ; Grenoble, 19 déc. 1893 (au jour du mariage), cités page 94, note 2, pour les donations de biens présents en cas de survie ; Paris, 7 juill. 1874, D., 76. 2. 65, pour le préciput et la donation d'une rente viagère..

(3) Beudant, II, n^o 733. Cf. Chambéry, 1^{er} juin 1877, *Le Droit* des 20 et 21 août 1877 ; Toulouse, 30 juill. 1888, D., 89. 2. 25.

que se réalise le droit de la femme, jusque-là éventuel. »

Même dans ce cas, l'hypothèque doit, à notre avis, remonter à la date du mariage. Si l'objection de Boudant était fondée, elle ne serait pas spéciale à l'institution contractuelle : pour tous les gains de survie, c'est à l'époque du décès du constituant « que se réalise le droit de la femme ».

Dira-t-on que l'analogie est imparfaite et que l'institution contractuelle est seule éventuelle, subordonnée non seulement à la survie de la femme, mais à l'absence d'actes de disposition du mari ? Nous lui avons cependant reconnu un caractère définitif, dans une certaine mesure. Le jour du prédécès du mari, c'est une stipulation du contrat de mariage qu'invoque la femme : son droit existait donc, jusqu'à un certain point irrévocable, dès le mariage. L'hypothèque doit s'y attacher immédiatement.

Il convient cependant d'admettre une restriction. La femme, donataire de biens à venir, ne peut attaquer les aliénations onéreuses et hypothèques consenties par son mari. Elle n'a d'hypothèque légale que contre les aliénations gratuites. Mais dans cette mesure, elle devrait, semble-t-il, pouvoir, comme tout créancier hypothécaire, exercer le droit de suite contre les acheteurs du mari et primer ses créanciers postérieurs en rang.

Une telle solution aboutirait à la suppression même des droits, opposables à la femme, des acheteurs et créanciers hypothécaires du mari. A quoi servirait au

mari la faculté de disposer à l'encontre de sa femme, si ses co-contractants restaient à la merci de l'action hypothécaire de celle-ci ?

La femme n'aura donc hypothèque à la date du mariage que sur les biens donnés ou conservés par le mari (1). Sur les immeubles aliénés à titre onéreux, son droit de suite disparaît (2) ; sur les immeubles hypothéqués, elle est primée par les créanciers postérieurs (3) : l'hypothèque perd son rang privilégié et ne la garantit que contre les créanciers chirographaires.

Cette solution peut rendre illusoire le droit de la femme, mais elle est commandée par le droit de disposition réservé au mari.

Une clause fréquente des contrats de mariage réserve à la femme la faculté de reprendre son apport franc et quitte en renonçant à la communauté.

Il est généralement reconnu que cette clause n'enlève pas à l'apport son caractère de bien commun. La clause de reprise d'apport, dit M. de Loynes (4), n'est pas une clause de réalisation, et ne saurait en produire les effets ; elle est au contraire exclusive de toute idée de réalisation, même conditionnelle, puisqu'elle impli-

1) Pont. II, n° 438 ; Aubry et Rau, p. 378 ; Req., 16 mai 1855, D., 55. 1.245.

(2) Cass., 12 mai 1875, D., 75., 1.347, casse Paris, 15 juin 1874, D., 77. 2.208.

(3) Toulouse, 30 juillet 1888, D., 89. 2. 25.

(4) de Loynes, note D., 1900. 2.345 ; Guillouard, III, n° 1651 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, II, n° 1410 ; Bordeaux, 27 juillet 1875, D., 76. 2. 147.

que la mise des biens de la femme en communauté. » La femme ne saurait, en conséquence, attaquer les aliénations à titre onéreux et les constitutions d'hypothèque consenties par le mari sur ces apports, en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent sur la communauté.

Le droit de la femme n'est donc pas un droit de reprise comme propriétaire, mais un droit de créance, même, d'après certains auteurs, quand les apports existent encore en nature dans le patrimoine du mari à la dissolution de la communauté. Cette créance est garantie par une hypothèque légale.

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (1), la rattachant aux conventions matrimoniales, faisait remonter l'hypothèque au jour du mariage.

Cette solution a été contestée (2). M. de Loynes la trouve incompatible avec son système. Si la femme accepte la communauté, son apport y sera maintenu définitivement, son droit de créance ne s'ouvrira pas. Subordonnée à sa renonciation, c'est-à-dire à une manifestation de sa volonté, la créance ne peut avoir d'hypothèque avant cette renonciation. Lui seront opposables les aliénations consenties par le mari et les droits réels nés de son chef pendant le mariage.

Cette opinion nous paraît difficilement conciliable avec l'attribution d'une hypothèque au jour du mariage

(1) Cass. Civ., 15 juillet 1902, D., 1904. I.353, casse Bordeaux, 28 juill. 1898, D., 1900.2.345.

(2) de Loynes, notes sous les arrêts cités note 1 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1478.

faite par le même auteur à la femme précipulaire en cas de renonciation. Sans doute, l'espèce paraît un peu différente, puisque la femme aura toujours un droit à exercer en vertu du contrat de mariage, à titre de copartageante, si elle accepte la communauté de créancière, si elle y renonce. L'existence du droit de créance, de l'hypothèque légale, n'en est pas moins subordonnée à sa renonciation, à une manifestation de sa volonté. La solution doit être la même dans les deux hypothèses.

Rejetant le criterium tiré de l'intervention de la volonté de la femme, nous ferons, dans les deux cas, remonter l'hypothèque au jour du mariage. Jusqu'à la renonciation, le droit de créance est incertain ; mais ce n'est pas la renonciation qui le crée. Simple condition qui l'ouvre et le rend définitif, elle ne suffirait pas à lui donner naissance, si une clause du contrat de mariage ne l'avait stipulé au profit de la femme. L'hypothèse n'est pas comparable à la vente, où c'est le consentement de la femme qui la rend créancière. Ici, elle ne fait qu'exercer, au décès du mari, une faculté de reprise précédemment stipulée. Sa créance prend naissance dans la convention matrimoniale qui lui accorde cette faculté : l'hypothèque doit la garantir du jour du mariage.

SECTION II

Créances garanties par une hypothèque postérieure à la célébration du mariage

§ 3. — Des successions et donations

Le 2^e alinéa de l'article 2135 est ainsi conçu :

« La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter du jour de l'ouverture des successions ou du jour où les donations ont eu leur effet. »

Des auteurs ont vu dans cette disposition une dérogation à l'alinéa précédent : les sommes provenant de successions ou de donations font partie de la dot, pour laquelle l'hypothèque remonte au jour du mariage.

Aubry et Rau (1) ajoutent que l'exception, justifiée, en ce qui concerne les ventes et obligations, par le danger de fraude, ne l'est pas pour les valeurs de successions et de donations, où ce danger n'est pas à redouter.

Pour MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), ce rapprochement des solutions du Code pour les successions et donations de celles qu'il donne pour les obliga-

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 403, note 65.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1479.

tions et aliénations est condamné par les travaux préparatoires : le Tribunal a distingué avec soin les créances de la femme suivant qu'elles naissent ou non sans manifestation nouvelle de sa volonté au cours du mariage. Or, les créances de successions et donations ne rentrent pas dans la même catégorie que celles des obligations et ventes.

Quelle que soit la valeur de ces idées, l'alinéa 2, aux yeux de ces auteurs, crée une exception, soit à la règle établie pour la dot, soit au principe qui gouverne les créances nées sans manifestation ultérieure de volonté de la femme.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ont essayé de la justifier.

Ils rejettent le motif donné par le Tribunal que « c'est alors seulement (au jour de la succession, au jour où la donation a eu son effet) qu'il y a de la part du mari une administration qui seule peut faire le fondement de l'hypothèque » ; il prouve trop et conduirait à n'accorder hypothèque, pour la dot payable à terme, qu'à l'échéance du terme.

Pour ces auteurs, la disposition de l'alinéa 2 s'explique par le désir de sauvegarder les intérêts des tiers. L'hypothèque de la femme est dispensée de publicité, mais le contrat de mariage permet aux intéressés d'apprécier les charges éventuelles qui pourront résulter de sa dot. Comment évaluer, au contraire, les successions ou donations qu'elle recueillera au cours du mariage ?

Le législateur a voulu éviter que la rétroactivité de la garantie pour des créances inattendues ne supprimât la sécurité des tiers et, en enlevant tout crédit au mari, n'eût pour conséquence de détourner du mariage. (1)

Cette argumentation ne nous paraît pas bien probante.

Avant la loi de 1850, les tiers n'avaient aucun moyen de connaître les apports respectifs des époux au ménage commun. C'est commettre un anachronisme que d'attribuer aux auteurs du Code un raisonnement impossible sous le régime de la clandestinité du contrat de mariage.

Ajoutons que, pour certaines créances dont le montant est indéterminé au moment du mariage, les auteurs cités eux-mêmes ne se font aucun scrupule d'accorder à la femme une hypothèque qui prime les créanciers postérieurs à la célébration du mariage, par exemple pour les frais d'instances et l'obligation alimentaire.

Le rapprochement entre la dot payable à terme et les successions et donations ne nous convainc pas. Quand la femme apporte une dot payable à terme, elle est déjà créancière d'un tiers au moment du mariage ; son droit contre le débiteur est né, l'exigibilité seule en est retardée. On conçoit la responsabilité immédiate du mari pour le droit déjà certain que la femme lui apporte. Nous avons vu Pont, partisan du système de

1) Dans le même sens : Guillaud, II, n° 839.

l'administration, admettre dans ce cas l'hypothèque dès le mariage.

On prétend que la femme s'est créé une situation analogue pour les successions et donations, en se constituant en dot ses biens à venir. Mais tant que la succession n'est pas ouverte, la donation pas acceptée, a-t-elle apporté au mari un droit actuel ? Dans l'hypothèse précédente, elle était déjà créancière d'un tiers. Ici, elle n'a même pas un droit conditionnel.

Aussi, tout en rejetant le système de l'administration, nous estimons que la disposition du Code relative aux successions et donations n'a pas besoin d'une justification spéciale : ce n'est pas une exception, c'est l'application pure et simple du principe que nous avons posé et montré être celui des rédacteurs du Code : l'hypothèque ne peut naître avant la créance qu'elle garantit. La femme qui se constitue en dot des successions et donations n'apporte rien au mari : aucun droit de propriété, aucun droit de créance sur un tiers n'existe encore à son profit, il est possible qu'il ne s'ouvre jamais. Comment peut-elle être créancière du mari, sans lui apporter un droit au moins conditionnel ?

Ce n'est qu'au jour où la succession s'ouvre, où la donation est acceptée, que la femme acquiert des biens nouveaux, des créances nouvelles. Alors seulement, et sans rétroactivité, ses droits naissent, loin d'être consolidés comme par le paiement de la dot. Alors seule-

ment, la valeur apportée au mari peut l'en constituer créancière.

Après ces considérations générales, donnons le commentaire de l'alinéa 2 de l'article 1352-2°.

Quel sens faut-il attacher à l'expression « sommes dotales » ?

Un jugement du tribunal de Grenoble, déjà signalé (1), refusait d'y comprendre le prix des immeubles aliénés par la femme dotale et provenant d'une succession recueillie par elle au cours du mariage : il appliquait à cette créance l'hypothèque à la date du mariage.

Par un arrêt du 6 juin 1905, la Cour de Grenoble réforma ce jugement et décida que, pas plus pour les prix de vente d'immeubles que pour les sommes, l'hypothèque ne devait être antérieure à l'ouverture de la succession. L'hypothèque, disait l'arrêt, ne peut exister avant la créance et l'administration du mari ; les droits des tiers seraient injustement compromis par la solution du tribunal.

Deux arrêts de la même Cour, déjà cités (2), avaient refusé d'examiner la question, comme dépourvue d'intérêt en fait.

Ces décisions se rattachent à une jurisprudence à peu près constante, qui déclare non applicable à la femme dotale l'alinéa 3 de l'article 2135 et fait remon-

(1) page 53, note 1.

(2) page 54, note 1.

ter son hypothèque pour les ventes d'immeubles dotaux au jour du mariage.

Repoussant le système d'interprétation stricte des prétendues exceptions écrites dans les alinéas 2 et 3 de l'article 2135, et son corollaire de l'hypothèque au jour du mariage pour les ventes dotales, nous rejetons à la fois la solution du tribunal et celle de la Cour.

Mais, comme nous voyons dans l'alinéa relatif aux successions l'application d'un principe général, nous aurions, sans attacher au mot « sommes » un sens étroit, à examiner, en distinguant les divers éléments dont est composée la succession ou donation, des questions analogues à celles que nous avons posées pour la dot.

Elles doivent être résolues de la même manière, d'après les pouvoirs de disposition reconnus au mari : l'hypothèque prend rang au jour de l'ouverture de la succession, pour les meubles dont le mari a le droit de disposer sans le consentement de sa femme (1) ; pour ceux que la femme seule peut vendre, et pour les immeubles, au jour de la vente.

Pour le même motif qu'en matière de dot, l'hypothèque remonte au jour de la succession, même si le mari n'a pas touché immédiatement les sommes ou effets échus à la femme, dont la perception a été retar-

(1) Troplong, II, n° 585 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 404, texte et note 66 ; Guillouard, II, n° 840 ; Huc, XIII, n° 401 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1480 ; Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228.

dée notamment par la liquidation et le partage (1).

La Cour de Caen a appliqué cette règle à une rente viagère recueillie par la femme dans une succession, et dont le capital avait été remboursé par le débirentier au cours du mariage, en faisant remonter l'hypothèque garantissant ce capital à l'ouverture de la succession (2).

Des solutions analogues à celles données en matière de dot s'appliqueraient au cas de défaut de surveillance ou de fautes du mari sur les biens recueillis par successions ou donations (3) et pour l'indemnité d'assurance touchée par le mari (4).

L'expression « sommes dotales » ne doit pas être restreinte au régime de la dotalité. Il s'agit de la dot dans un sens large, telle que la définit l'article 1540, c'est-à-dire le bien que la femme apporte au mari pour soutenir les charges du ménage (5). L'interprétation est nécessairement la même que celle du mot « dot » dans l'alinéa 1^{er} de l'article 2135.

Pour les valeurs provenant de donations, l'article 2135 fixe le rang hypothécaire de la femme au « jour où

(1) Pont, II, n° 756 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

(2) Caen, 18 août 1871, D., 73, 2, 228.

(3) Aubry et Rau, p. 406, note 73 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1491 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis* IX.

(4) L'hypothèque est fixée au jour de l'ouverture de la succession par Aubry et Rau, p. 404, note 66 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1480 ; Nancy, 20 juillet 1889, S., 90, 2, 155. Nous faisons la même distinction que pour la dot apportée par mariage.

(5) Cass. civ., 5 mai 1841, S., 41, 1, 449.

les donations ont eu leur effet ». L'interprétation de cette formule soulève des difficultés particulières.

Quand la donation est pure et simple ou à terme, le rang de l'hypothèque se détermine par l'acceptation de la libéralité, ou, si l'acceptation est postérieure à l'offre, par la notification de l'acceptation au donateur (art. 932) : c'est à ce moment que le contrat est parfait, que le droit du donataire prend naissance. Peu importe que les sommes ou effets ne soient remis au mari que plus tard, ou même que le terme stipulé n'en permette pas la réception immédiate : ce que nous avons dit pour la dot s'applique ici (1).

Mais les auteurs ne sont plus d'accord quand il s'agit d'une donation conditionnelle. La plupart, traduisant l'expression du Code par : au jour « où le mari est devenu responsable des valeurs comprises dans les donations » (2), ne donnent l'hypothèque que du jour où la condition s'est réalisée. La donation, disent-ils, n'a pas eu son effet par l'acceptation.

L'opinion qui fait remonter l'hypothèque au jour de l'acceptation de la donation, même conditionnelle, rencontre peu de partisans (3). Elle s'appuie sur le principe de la rétroactivité de la condition, en vertu duquel, une

(1) Pont, II, n° 757; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 404, note 67; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1481.

(2) C'est la formule employée par Aubry et Rau, p. 404, texte, et Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville : *Du contrat de mariage*, II, n° 672. — Dans le même sens : Pont, *loc. cit.*; Guillaouard, II, n° 841.

3) Tarrille, Rép., V° *Inscription hypothécaire*, n° 40; Thézard, n° 226.

fois la condition réalisée, la femme est censée avoir été donataire du jour de l'acceptation de la donation.

On lui reproche de confondre les rapports de la femme et du donateur avec ceux de la femme et du mari : la rétroactivité de la condition s'applique bien à la créance de la femme contre le donateur, mais le mari ne devient administrateur que du jour où la condition s'est réalisée : il est impossible de parler d'une administration rétroactive !

Mais il n'est pas sûr d'abord que la traduction donnée des termes du Code corresponde à la pensée de ses rédacteurs. Quand l'article 2135 parle du jour où la donation a eu son effet, il veut dire : le jour où le contrat a eu son effet entre les parties, entre le donateur et le donataire. Pourquoi traduire : du jour où l'effet du contrat a rejailli sur un tiers ? On peut donc invoquer le principe de la rétroactivité.

En dehors même de cet argument littéral, le système général d'interprétation que nous avons adopté nous conduit à accorder l'hypothèque au jour de l'acceptation. Dès l'acceptation, la femme acquiert un droit irrévocable contre le donateur. Or on ne fait aucune confusion entre le donateur et le mari en disant qu'une créance naît aussi contre ce dernier. Personne ne doute que la donation ne produise entre les parties des effets juridiques au jour de son acceptation : ce droit est transmissible entre vifs ou par succession. Dans la mesure où le droit de la femme existe contre le

donateur, en l'apportant à son mari, elle se constitue créancière de celui-ci.

On a proposé (1) une distinction. Le donataire conditionnel peut prendre des mesures conservatoires. Le mari devra les prendre, en sa qualité d'administrateur : sa responsabilité remonte donc à l'acceptation. Mais l'hypothèque « garantira moins la restitution des sommes dotales que la conservation du droit de la femme jusqu'à l'accomplissement de la condition. » Autrement dit, la femme ne pourrait exercer son hypothèque à la date de la donation que si la faute ou la négligence de son mari a rendu inefficace son droit contre le donateur, en laissant, par exemple, celui-ci devenir insolvable.

Nous n'admettrions en tout cas cette opinion que pour les libéralités sous condition suspensive et adopterions la distinction principale implicitement faite par Pont (2). C'est seulement à propos des donations sous condition suspensive que cet auteur discute la question du rang de l'hypothèque. Il conclut à la date de l'accomplissement de la condition. Les donations sous condition résolutoire sont donc, dans sa pensée, garanties dès le jour de l'acceptation, conformément à la règle générale.

Cette solution n'est pas douteuse. Si l'on peut pré-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes II, n° 1481, cités à tort par Aubry et Rau comme partageant leur opinion.

(2) Pont. II, n° 757. Cf. Planiol, II, n° 3123 *in fine*.

tendre que « le droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence ; la condition en empêche la naissance même... » (1), on reconnaît que, avant la réalisation de la condition résolutoire, « le droit ou la charge affecté par la modalité prend naissance comme si cette modalité n'existait pas. » (2)

Puisque le droit prend naissance, la femme qui l'apporte à son mari devient immédiatement sa créancière ; son hypothèque doit remonter au jour même de l'acceptation.

Du cas de donation conditionnelle, il faut rapprocher celui où, au cours du mariage, un tiers consent au profit de la femme une institution contractuelle. La difficulté est plus grande encore, puisque certains auteurs, prétendant assimiler la donation de biens à venir à un droit éventuel de succession, vont jusqu'à refuser au bénéficiaire la faculté de prendre des mesures conservatoires. Dans cette opinion, la créance de la femme contre son mari ne peut être garantie que par une hypothèque au jour de l'ouverture de la succession du donateur.

Si, au contraire, on reconnaît à l'instituée la faculté de prendre des mesures conservatoires, le mari en est tenu comme administrateur ; l'hypothèque remonte à la date de la donation pour l'action en responsabilité au cas de négligence ; pour le capital des sommes recuei-

(1) Planiol, I, n° 319.

(2) Planiol, I, n° 323.

lies, elle date du décès de l'instituant seulement (1).

Ne faut-il pas aller plus loin encore ?

Les actes à titre gratuit passés par l'instituant ne sont pas opposables à l'institué. Dans cette mesure, celui-ci acquiert dès l'acceptation un droit irrévocable, sous la condition de survie. L'apport qui en est fait dans la dot constitue la femme créancière du mari, avec hypothèque au jour de l'acceptation.

N'y a-t-il pas lieu, tout au moins, de faire remonter l'hypothèque au jour où la donation a été exécutée par anticipation ?

L'hypothèse s'est présentée devant la Cour de Chambéry. Par contrat de mariage, une femme avait reçu d'un tiers, à titre de constitution de dot, donation d'une somme « à prendre sur les biens les plus clairs et les plus apparents de sa succession ». Au cours du mariage, le donateur versa cette somme aux mains du mari. La femme demandait à être colloquée à la date de ce versement.

Sa prétention fut rejetée par la Cour de Chambéry (2). D'après l'arrêt, l'institution contractuelle ne lui conférait hypothèque qu'à la date du décès du constituant. De plus, l'immutabilité des conventions matrimoniales lie tous ceux qui ont été parties au contrat de mariage. Les créanciers et acquéreurs du mari avait donc double motif de compter n'être pas primés par la femme. Le

(1) En ce sens : Beudant, II, n° 733 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1482.

(2) Chambéry, 1^{er} juin 1877, D., 79. I. 83.

paiement par anticipation, fait en violation de l'immu-
tabilité du contrat de mariage ne pouvait, les léser.

Cet arrêt fut cassé par la Cour suprême (1). Peu
importait, d'après elle, la nullité du paiement ; pour
que la femme fût créancière, il suffisait que son mari
eût touché pour elle. L'hypothèque remonte au jour où
est née sa créance, au jour du paiement.

Des auteurs (2) ont fait remarquer que le paiement
avait été effectué contrairement aux clauses du contrat
de mariage, et sans que les tiers aient pu être avertis
de cette nouvelle charge sur les biens du mari. Sans la
discuter au fond, ils rattachent la solution de la ques-
tion du rang hypothécaire à celle des effets à l'égard
des tiers de l'immutabilité des conventions matrimonia-
les.

Nous approuvons la solution de la Cour de cassa-
tion. En admettant même la nullité du paiement (et la
jurisprudence, qui n'attache, à l'égard des parties autres
que les époux, qu'un effet restreint au principe de l'arti-
cle 1395, ne commande peut-être pas cette opinion),
le mari a reçu pour sa femme une somme dont il est
comptable. Si le paiement peut être attaqué, la créance
de la femme contre lui, née du paiement, est simple-
ment affectée d'une condition résolutoire, celle de l'an-
nullation de ce paiement. *Pendente condicione*, l'hypo-
thèque remonte au jour où la créance est née, au jour
du paiement (3).

(1) Cass. civ., 28 janv. 1879, *cod. loco*.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1482.

(3) La décision de la Cour de cassation est approuvée par Hue,
XIII, n° 262.

Une espèce jugée par la Cour de Pau (1) mérite d'être signalée, parce qu'elle soulevait un conflit entre deux rangs possibles pour l'hypothèque de la femme.

Deux époux s'étaient obligés hypothécairement, avec subrogation à l'hypothèque de la femme envers le père de celle-ci. Deux années plus tard, le père fit donation de sa créance à sa fille, à titre de supplément de dot.

La Cour a décidé que la donation de la créance à l'un des codébiteurs solidaires équivalait à une remise de dette et libérait les autres. Par suite, la femme n'a plus d'hypothèque légale qu'à la date de la donation.

Cet arrêt doit être approuvé : l'extinction de la créance du père entraînait l'extinction de la créance de la femme contre son mari en tant que caution et de l'hypothèque qui garantissait ce recours. Elle était remplacée par une créance résultant de la donation d'un supplément de dot, dont la garantie, conformément à l'alinéa 2 de l'article 2135, datait de l'acceptation de la donation.

L'attribution à l'hypothèque de la femme d'un rang postérieur à la date du mariage, laquelle est au-dessus de toute contestation, soulève toujours une question de preuve de la date de l'acte ou du fait qui lui sert de point de départ. Il n'y a pas de difficulté pour le cas de succession, où la preuve de la date du décès résulte d'un acte de l'état-civil, ni pour les donations proprement dites, qui exigent l'intervention d'un notaire.

(1) Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 21.

Mais des donations peuvent être faites à la femme sans acte authentique : dons manuels, donations dites indirectes, donations contenues dans un contrat à titre onéreux ou déguisées. Dans ces divers cas, la femme qui exerce son hypothèque à l'encontre des créanciers hypothécaires ou acquéreurs du mari est un tiers à leur égard ; elle doit faire la preuve de la date de son hypothèque, c'est-à-dire de sa créance, par un acte ayant date certaine.

C'est surtout à propos des obligations et des aliénations que se pose la question. Nous en renvoyons l'examen à l'étude de ces hypothèses, à laquelle nous arrivons. Mais il n'était pas inutile d'observer que la règle a une portée générale (1).

*
* *

L'article 2135, 3^e alinéa, n'accorde hypothèque à la femme « pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le emploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. »

C'est, dans le système de la jurisprudence, la seconde exception au principe général de l'alinéa 1^{er} et, pour

(1) Cf. Beudant, II, n° 730.

MM. Baudry-Lacantinérie et de Loynes, le second terme de la distinction, comprenant les créances nées d'une manifestation nouvelle de volonté de la femme. Quant au système de l'administration, il peut, à la rigueur, expliquer la solution de notre texte, pour la créance du prix de vente, par le pouvoir accordé au mari de le toucher; mais nous l'avons trouvé en défaut dans le cas d'obligation, où le fondement de la créance et de l'hypothèque de la femme ne peut se trouver dans les pouvoirs d'administration du mari, mais dans son propre état de dépendance.

Ces solutions se justifient au contraire aisément, sans y voir des exceptions, si l'hypothèque légale est la garantie attachée par la loi à une créance dès sa naissance.

Tant que la femme n'a pas vendu son propre, ne s'est pas obligée, le mari n'a envers elle aucune obligation. Sans doute a-t-il la charge de maintenir intact le patrimoine de la femme. Mais aussi longtemps que les biens qui le composent existent en nature, la femme est suffisamment garantie par son droit de propriété. Une créance n'existe à son profit qu'en cas de transformation en argent, du jour où elle est possible en vertu des pouvoirs de disposition conférés au mari, du jour où elle est opérée, si ces pouvoirs lui sont refusés, car de ce jour seulement, le droit de propriété de la femme ne la sauvegarde plus ; une créance éventuelle doit le remplacer. C'est sur le même fondement que reposent

les solutions que nous avons données en matière de dot mobilière.

Pour les obligations, la justification est encore plus aisée. Avant que la femme n'ait accordé au créancier la garantie de son concours, aucun rapport obligatoire n'existe entre elle et son mari : pourquoi lui conférer une hypothèque ?

L'intervention du Tribunal a donc déterminé sur ce point un très heureux abandon des traditions de notre ancienne jurisprudence et rétabli le principe logique que l'hypothèque ne peut être antérieure à la créance dont elle est l'accessoire.

La disposition de l'alinéa 3 évite en outre de nombreuses fraudes, déjà signalées au XVII^e et au XVIII^e siècles par d'importantes autorités, qui réclamaient l'extension générale de la règle admise par les coutumes de Bretagne et de Normandie : on voyait des femmes, pour sauver la situation désespérée de leur mari, s'engager envers des prête-noms ou vendre à des hommes de paille leur patrimoine, et primer, par leur hypothèque exercée au jour du mariage, tous ceux qui, peu confiants dans la solvabilité du mari, avaient cru s'assurer une situation solide en obtenant de lui une hypothèque. L'article 2135 a rendu ces fraudes impossibles ou plutôt inutiles, puisque les créanciers hypothécaires et acquéreurs antérieurs à l'obligation ou à la vente priment désormais la femme.

L'étendue d'application de notre texte a soulevé de

vives controverses en ce qui concerne les aliénations ; pour les obligations, au contraire, on s'accorde assez bien sur son interprétation. Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces hypothèses, en suivant l'ordre de l'alinéa 3.

§ 4. — Des obligations

Il faut, bien entendu, écarter des prévisions de ce texte le cas où la femme s'est obligée dans son intérêt personnel (1). Mais toutes les fois que son obligation lui laisse un recours contre le mari, la généralité des termes de l'alinéa 3 conduit à lui donner hypothèque au jour de l'obligation : il en est ainsi, soit que la femme se soit obligée conjointement ou solidairement, ou ait simplement cautionné une dette de son mari. Peu importe également qu'elle ait agi dans l'intérêt du mari ou de la communauté.

L'époque de l'obligation est seule à envisager. C'est le risque d'être tenue de payer qui constitue la femme créancière. Peu importe l'époque où elle acquittera spontanément la dette, celle où le créancier saisira ses biens ou, comme subrogé, exercera son hypothèque.

Mais le Code ne prévoit que le cas d'obligation personnelle. Il ne parle pas du paiement d'une dette du mari

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 380, note 26 *bis*.

ou de la communauté volontairement effectué par la femme sans obligation préalable. Elle acquiert un recours en indemnité auquel on reconnaît, outre la garantie de la subrogation aux droits du créancier, celle de l'hypothèque légale (1). Dans cette hypothèse, la créance en indemnité naît du paiement : c'est à cette date que doit remonter l'hypothèque.

On peut enfin supposer que, sans s'obliger personnellement envers un créancier du mari, la femme s'est contentée de le subroger dans son hypothèque légale qui devait le primer.

Le fait même de la subrogation améliore la situation du créancier du mari et empire celle de la femme. Elle a un recours contre son mari, avec hypothèque à la date de la subrogation, par analogie avec l'hypothèse de l'obligation, et non à la date de la collocation du créancier.

Une décision de la Cour de Pau nous paraît intéressante à signaler. Il s'agissait d'une vente de propres consentie par la femme en vue d'acquitter une dette solidairement contractée dans l'intérêt du mari. Par un

1° Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Cass. civ., 29 août 1870, D., 70. 1. 353. Les auteurs cités exceptent le cas d'un paiement fait après le décès du mari. Cf., Douai, 30 avril 1897, D., 98. 2. 12 : la femme n'a pu acquérir une créance comme femme mariée. La situation dépendante qui aurait pu déterminer un paiement au cours du mariage n'existe plus. — Pour un paiement effectué après le mariage d'une dette du mari dont la femme n'était tenue, pour la moitié, que comme acceptante, V. Cass., 26 décembre 1900, D., 01. 1. 129, qui lui refuse aussi l'hypothèque légale : elle pouvait se délier en renonçant à la communauté.

arrêt du 23 novembre 1893 (1), la Cour a accordé à la femme une hypothèque à la date de l'obligation, non de la vente.

Cette solution est juridique. Par le fait seul de son obligation, la femme acquiert une créance d'indemnité garantie par une hypothèque remontant à la date de l'obligation. Peu importe que le paiement ait été effectué au moyen de deniers provenant de la vente d'un propre ou de sommes liquides dans le patrimoine de la femme, puisque la date en est indifférente. La vente ne donne pas à la femme une nouvelle hypothèque à sa date : il y a eu véritable emploi du prix, qui a servi à désintéresser un créancier envers lequel elle était personnellement obligée. Son recours comme caution à l'égard du mari est garanti par son hypothèque à la date de l'obligation.

Les termes et les motifs de l'alinéa 3 conduisent à l'étendre à tous les régimes matrimoniaux. L'article 1431, d'après lequel la femme qui s'est obligée dans l'intérêt de son mari est réputée caution dans ses rapports avec lui, ne doit pas être restreint au régime de communauté (2). Toutes les fois qu'une femme s'associe à une dette personnelle à son mari ou paie volontairement un créancier de celui-ci, il faut lui reconnaître le même

(1) D., 94. 2. 123.

(2) L'extension a été admise : pour le régime dotal, par Montpellier, 27 avril 1846, D., 47.2.70 ; pour le régime sans communauté, par Req., 25 mars 1834, D., 34.1.229 ; pour le régime de séparation de biens, par Troplong, *Du contrat de mariage*, II, n° 1649.

recours, garanti par l'hypothèque légale suivant les règles que nous venons d'exposer.

En adoptant le régime dotal, des futurs époux ont pu, par exemple, stipuler la saisissabilité des biens dotaux. Si la femme s'oblige dans l'intérêt du mari, elle aura hypothèque au jour de son obligation. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Poitiers (1).

Une solution différente a été donnée, mais sans discussion, par la Cour de Toulouse (2). Dans une hypothèse où la femme avait, sans protester, laissé saisir ses immeubles dotaux inaliénables avec les immeubles du mari pour l'exécution d'une dette contractée solidairement avec celui-ci, et avait ensuite été admise à exercer son hypothèque légale contre l'adjudicataire des biens du mari, la Cour l'a colloquée au jour du mariage. Elle s'est contentée de dire qu'« aux termes de l'article 2135, l'hypothèque de la femme remonte au jour du mariage ; dès lors, peu importe l'époque où a eu lieu la vente de ses biens. »

Cette décision se rattache implicitement à l'opinion, généralement admise par la jurisprudence, d'après laquelle la vente des biens dotaux donne hypothèque au jour du mariage. L'expropriation acceptée par la femme malgré l'inaliénabilité pouvait être considérée comme une vente faite en violation de la dotalité.

Repoussant sur ce point la jurisprudence, nous re-

(1) Poitiers, 26 déc. 1901, *Recueil de la Gaz. des Trib.*, 1902, 1^{er} sem., 2.322. Pour les ventes, la Cour admettait l'hypothèque au jour du mariage.

(2) Toulouse, 12 juin 1860, D., 61.23.5

fusons l'hypothèque au jour du mariage. Mais, sans admettre l'analogie avec la vente, nous écartons également la date de l'obligation. Cette obligation ne faisait, en effet, courir à la femme aucun risque sur ses biens dotaux insaisissables ; si elle les a laissés exproprier, ne peut-on assimiler l'hypothèse à celle d'un paiement volontaire sans dette préexistante ?

Dans une espèce où il s'agissait d'une femme mariée sous le régime de la dotalité universelle, la Cour de Grenoble (1) a cependant énoncé dans ses motifs, en termes généraux, que « l'article 2135 lui réserve une hypothèque légale à la date de l'engagement par elle contracté. »

Mais cette hypothèque sert à garantir la femme contre l'exécution forcée sur les biens saisissables qu'elle pourra acquérir après la dissolution du mariage. Ses biens dotaux sont protégés contre ses engagements personnels par l'inaliénabilité et l'insaisissabilité : si elle les vend ou les laisse saisir, c'est l'hypothèque du cas de vente ou du cas de paiement volontaire qu'il faut lui donner.

Par analogie avec les solutions ci-dessus, une obligation exécutoire ou un paiement volontaire effectué sur des biens paraphernaux ou extradotaux ferait naître un recours garanti par une hypothèque à la date de l'obligation ou du paiement.

La disposition de l'article 2135, al. 3, rend très

1) Grenoble, 16 décembre 1882. D., 83. 2. 242.

importante la question de preuve de la date de l'obligation. Comment cette preuve devra-t-elle être administrée ? Cette question, nous l'avons déjà fait observer, est d'une portée générale, mais présente surtout un intérêt pratique dans les hypothèses d'obligation et de vente, parce que ces contrats ne nécessitent pas pour leur validité l'intervention d'officiers publics.

L'hypothèque légale qui garantit les créances nées d'obligations ou de ventes remonte-t-elle au jour même de ces contrats, ou date-t-elle seulement du jour où les actes qui les constatent ont acquis date certaine conformément à l'article 1328 ?

Quelques auteurs et arrêts (1) écartent l'application de cette disposition de droit commun. L'article 2135, disent-ils, a abandonné l'ancien rang unique accordé à l'hypothèque légale de la femme même en cas de vente ou d'obligation, mais il ne subordonne pas l'hypothèque à la forme des actes, ni même à l'existence d'un acte quelconque, puisqu'il l'accorde au jour du décès en cas de succession.

Cela se justifie d'ailleurs. Le Code n'a pas égard à la convention, qui ne produit d'effet qu'entre les parties contractantes : ce n'est pas la vente ou l'obligation qui rend le mari débiteur de sa femme, puisqu'il n'y a pas été partie. La créance de la femme envers lui ne naît donc pas d'un acte juridique, mais du fait qu'elle a

(1) Troplong, II, n° 593 ; Colmet de Santèrre, IX, n° 105 *bis* V ; Paris, 31 juillet 1847, rapporté avec l'arrêt de la Chambre civile qui l'a cassé, le 5 février 1851, D., 51, I, 14.

vendu ou s'est obligée, comme du fait qu'elle a hérité. A ce fait, l'article 1328 n'est pas applicable.

On ajoute un argument pratique. Le Code dispense la femme d'inscrire son hypothèque, n'ayant pas voulu subordonner l'efficacité de sa garantie à une mesure que son état de dépendance l'empêcherait de prendre : et on la forcerait à manifester sa suspicion contre son mari par l'enregistrement de l'obligation ou de la vente ! Où trouvera-t-elle les deniers nécessaires à l'acquittement des droits, sous des régimes où le mari a la jouissance de ses biens ?

Quelle que soit la valeur de cette argumentation, l'opinion contraire est généralement préférée par la doctrine et la jurisprudence (1).

On ne peut se fonder sur le silence gardé par l'article 2135 : il doit, au contraire, s'interpréter dans le sens du maintien tacite d'un principe général. Cet article déroge à la publicité des hypothèques : il exprime formellement cette exception. Mais il faut l'interpréter strictement et ne pas y ajouter une dérogation, non écrite, à l'article 1328. Le rapprochement entre les successions et les obligations ne prouve rien, l'article 1328 n'exigeant la date certaine que pour les conventions.

(1) Pont, II, n° 761 ; Boudant, II, n° 730 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, page 405 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1484 ; Guillouard, II, n° 848 ; Planiol, II, n° 3130 ; Cass. civ., 5 février 1851, D., 51. 1. 14 ; Agen, 21 mars 1851, D., 51. 2. 150 (aval à un billet à ordre) ; Rennes, 21 août 1851, D., 51. 5. 425 ; Rouen, 24 mars 1852, D., 53. 2. 143 ; Trib. Arras, 5 décembre 1855, confirmé par Douai, 29 janvier 1857, D., 57. 2. 113, et sur pourvoi, Cass., 15 mars 1859, D., 59. 1.106 (motifs, qui a cassé pour un autre motif indiqué plus loin au texte ; Bordeaux, 1^{er} mars 1887, D., 88. 2. 96.

On se trouve bien dans le cas prévu par ce texte : il s'agit d'opposer aux tiers l'hypothèque légale attachée à une créance qui résulte d'une convention. Sans doute les créanciers de la faillite sont les ayants cause du débiteur, en l'espèce, du mari et supportent les effets des actes qu'il a consentis. Mais on sait que les ayants cause à titre particulier sont des tiers par rapport aux actes consentis par leur auteur après la naissance de leur droit. Un créancier hypothécaire, un acquéreur du mari, ont donc intérêt à prouver que l'hypothèque de la femme est postérieure à leur titre. Et, dans la mesure où ils exercent leur droit réel, ils sont des tiers, auxquels les actes ayant date certaine antérieure à la vente ou constitution d'hypothèque à eux consentie sont seuls opposables.

Ils ne contestent pas, il est vrai, la date d'une convention passée par leur débiteur. Non seulement l'hypothèque de la femme n'est pas l'objet direct de la convention d'obligation ou de vente, mais cette convention n'émane même pas de leur débiteur; le mari n'y a pas été partie, n'étant intervenu que pour autoriser sa femme.

L'objection est assurément spécieuse; il est cependant possible d'y répondre.

Si elle était fondée, il faudrait dire, non pas comme on l'a prétendu pour écarter l'application de l'article 1328, que la convention est opposable sans date certaine aux créanciers hypothécaires, parce qu'ils sont les ayants cause du mari leur débiteur, mais qu'elle ne leur

est même pas opposable avec date certaine, parce que leur situation d'ayants cause leur fait bien supporter les actes antérieurs de leur débiteur, mais non de ceux qui n'émanent pas de lui. Il en serait de même à l'égard des créanciers chirographaires.

Cela est évident pour les effets directs du contrat passé entre la femme et le créancier ou l'acquéreur. Mais à l'égard de l'hypothèque légale qui en découle à son profit, les créanciers du mari sont bien des tiers, s'ils la prétendent postérieure à leur titre, mais des ayants cause, si elle y est antérieure. La question de date les intéresse donc.

L'obligation, la vente consentie par la femme entraînent pour elle un risque ou une créance du prix. La loi, en présence de cette situation, lui accorde une créance contre son mari, considéré comme débiteur principal tenu d'indemniser la caution ou comme administrateur tenu de conserver et d'employer le prix. Cette créance existe de plein droit ; elle est le corollaire nécessaire du lien conjugal. L'hypothèque y est attachée par la loi même, sans convention, au jour même du contrat passé par la femme. Est-il anti-juridique de penser que cette créance, cette hypothèque avec son rang, sont des effets indirects de l'obligation ou de la vente ?

Quand on parle de l'effet des conventions passées par des personnes mariées, il ne faut pas négliger le point de vue des conséquences qui rejaillissent sur le conjoint du contractant. Établies par la loi elle-même,

on peut les appeler effets indirects de la convention. L'article 1328 est applicable. Les créanciers hypothécaires et acquéreurs du mari pourront l'invoquer à l'encontre de la femme qui prétend hypothèque, puisque c'est à la suite de cette convention, de plein droit et à sa date, que la loi la lui accorde.

Si cette argumentation juridique laissait subsister quelques doutes, l'examen des travaux préparatoires les leverait. La difficulté pour la femme de se procurer un acte ayant date certaine est une objection d'ordre pratique, qui perd toute sa force en droit positif, si la pensée du rédacteur du Code peut être interprétée dans le sens du maintien du droit commun.

Or le Tribunal a voulu, en attribuant à l'hypothèque un rang spécial en matière d'obligation et de vente, faire disparaître les fraudes qui résultaient de sa rétroactivité. « Que servirait aux créanciers la sollicitude de la loi, et à quoi bon aurait-elle fixé à l'hypothèque de la femme sa date et son point de départ, si celle-ci, de concert avec son mari, pouvait éluder la disposition de la loi, faire remonter l'hypothèque à son gré en antidatant ses créances et enlever ainsi frauduleusement aux créanciers du mari le bénéfice et les avantages de la priorité. » (1).

Un arrêt de la Cour de cassation a atténué la rigueur de l'application de l'article 1328 dans une espèce particulière. Le mari et la femme s'étaient obli-

(1) Pont. II. n° 761.

gés conjointement, dans l'intérêt du mari ; ce dernier étant tombé en faillite, les syndics avaient admis la créance dont il s'agit malgré l'absence de date certaine ; mais les créanciers du mari contestaient la collocation de la femme, en invoquant le défaut de date certaine de son obligation :

Le tribunal d'Arras et la Cour de Douai (1) avaient adopté cette manière de voir.

Mais la Cour suprême (2), cassant l'arrêt de Douai, admit la prétention de la femme. Tout en affirmant la nécessité de la date certaine en notre matière, son arrêt remarque que les syndics, en ne contestant pas la date de l'obligation du mari, ont reconnu que la créance de la femme contre lui était également antérieure à l'ouverture de la faillite ; l'exercice de son hypothèque légale ne pouvait plus être contesté.

Dans l'espèce, les créanciers chirographaires du mari étaient aussi intéressés (c'est même à leur égard que ces décisions ont été rendues) : à défaut de date certaine antérieure à l'ouverture de la faillite, la femme n'aurait pu invoquer même, contre eux, son hypothèque.

On discute au contraire la question de savoir si, en l'absence de fraude, la femme peut exercer son hypothèque même pour les obligations qu'elle a contractées pendant la période suspecte. Mais elle concerne moins le rang que l'existence même de l'hypothèque.

(1) Cités page, 123, note 1.

(2) Cass., 15 mars 1859, D., 59, I, 106. Cf. Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 405, note 70 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1484 ; Guil-louard, II, n° 849.

L'article 1328 étant spécial au droit civil, la date de l'obligation souscrite par la femme dans une forme commerciale sera prouvée suivant les règles moins rigoureuses du Code de commerce. C'est ce que la jurisprudence a décidé pour un aval donné à un effet de commerce. (1)

Puisque c'est la date de l'obligation, et non celle du paiement ou de la saisie, qui détermine le rang de l'hypothèque, il est évidemment inutile d'exiger la date certaine de l'exécution volontaire ou forcée.

Par une dérogation à l'article 1328, on admet d'ailleurs que les quittances ont date certaine par elles-mêmes. Mais doit-il en être ainsi pour la quittance constatant le paiement d'une dette du mari effectué volontairement par la femme sans obligation préexistante de sa part ? Son hypothèque datera-t-elle du jour de la quittance sous seings privés ?

Répondre par l'affirmative serait faciliter la rétroactivité frauduleuse de l'hypothèque, que le Tribunal avait voulu éviter : il suffirait de donner à la quittance une date bien antérieure au paiement, pour permettre à la femme de primer des créanciers du mari. Ce motif, applicable aux quittances comme aux contrats de vente et d'obligation, nous conduit à exiger la date certaine des quittances pour donner date à l'hypothèque. L'exception à l'article 1328 n'est admise que pour des raisons d'utilité pratique et sans texte. Mais la jurispru-

(1) Cass. Civ., 21 avril 1869, D., 69. 1. 407 et, sur renvoi, Grenoble, 23 nov. 1870, D., 71. 2. 173.

dence elle-même l'écarte parfois : par exemple, elle n'autorise pas le débiteur à opposer au cessionnaire d'une créance les paiements qu'il prétend avoir faits au créancier primitif, si ces paiements ne sont pas constatés par des actes ayant date certaine. (1) Un correctif nous paraît utile dans notre hypothèse également.

La question ne se pose pas pour une subrogation principale consentie par la femme, puisque cette convention exige la rédaction d'un acte notarié.

§ 5. — Des aliénations

Nous sommes arrivés à l'hypothèse où se manifestent les plus vifs dissentiments sur l'interprétation de l'article 2135 et où la nécessité d'un principe est le plus impérieuse.

L'alinéa 3 ne donne hypothèque à la femme, « pour le emploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de la vente. »

Il suffit de rappeler brièvement les motifs qui justifient cette disposition.

Jusqu'à la vente, la femme n'a aucune créance contre son mari ; la restitution de ses propres lui est suffisamment garantie par son droit de propriété. Outre l'argument de principe que l'hypothèque ne peut précéder la

(1) Cass., 23 août 1841, D., 41. 1. 339 ; Bordeaux, 21 mars 1846, D., 49. 2. 108 ; cependant Limoges, 17 août 1841, D., 43. 2. 32.

créance, le Tribunal invoquait les dangers que la rétroactivité de l'hypothèque au jour du mariage ferait courir aux tiers, primés par des aliénations frauduleuses consenties par la femme.

Mais l'hypothèque remonte toujours à la date de la vente : peu importe l'époque à laquelle le mari touchera le prix, l'époque où ce prix deviendra exigible (1). C'est, en effet, au moment de la vente que naît la créance de la femme contre son mari. Son droit de propriété s'est transformé ; il est remplacé par une créance contre l'acheteur, dont le mari est chargé d'assurer la conservation et le recouvrement, ou par des deniers dont le mari est comptable et qu'il doit restituer en argent ou sous forme d'emploi.

Après avoir décidé qu'un emploi régulier éteint la créance de la femme et son hypothèque, un jugement du tribunal de Nevers (2) énonçait, dans un de ses motifs, que le vice du emploi, en l'espèce, le défaut de renouvellement par le mari d'un privilège de vendeur dans lequel la femme avait été subrogée, « a fait revivre la créance originaire de la femme ou tout au moins donne à cette dernière une nouvelle créance, garanties l'une et l'autre par l'hypothèque légale. »

Cette formule indécise suffisait dans l'espèce, où la question du rang de l'hypothèque ne se posait pas. Mais

(1) Pont, II, n° 766 ; Beudant, II, n° 729 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 404, note 68 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1485.

(2) Trib. Nevers, 10 août 1893, confirmé par adoption de motifs par Bourges, 8 janv. 1894, D., 96. I. 345.

sa première partie est seule exacte. Le vice du remploi ne fait pas naître une créance nouvelle ; il rend définitive la créance née de la vente, qu'un remploi régulier jusqu'au moment de la dissolution du mariage aurait seul éteinte. En conséquence, la femme a hypothéqué du jour de la vente, et non du jour où le remploi a été vicié, même par la faute du mari.

Pour le même motif qu'en matière d'obligation, la date certaine est nécessaire pour donner à l'hypothèque un rang opposable aux tiers. Celle du contrat de vente est seule à exiger, puisque ce rang est indépendant de l'époque du paiement (1).

L'article 1328 étant spécial au droit civil, la femme exercera son hypothèque, en cas de négociation de valeurs, à la date de la vente passée dans les formes commerciales, sans date certaine prouvée d'après le Code civil.

Bien que l'alinéa 3 de l'article 2135 ne parle que des ventes, sa disposition doit être étendue à toutes les hypothèses voisines où la femme a droit à récompense, et notamment à la donation d'un propre pour l'établissement d'un enfant né d'un premier mariage du mari (2) ; à l'échange d'un propre avec soulte au profit de la femme, au rachat d'une servitude.

Une hypothèse délicate est celle où la vente du pro-

1) Pont, II, n° 766 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 405, note 70 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1487 ; Planiol, II, n° 3127 ; Cass., 22 nov. 1886, D., 87.1.113.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1485.

pre, consentie par le mari seul, est ensuite ratifiée par la femme : l'hypothèque prend-elle rang au jour de la vente ou de la ratification ? La question présente un grand intérêt pratique, si le mari a vendu des immeubles ou constitué des hypothèques entre ces deux actes : les acquéreurs seront-ils soumis au droit de suite ? Les créanciers hypothécaires seront-ils primés par la femme ?

Les auteurs qui ont prévu la question (1) la résolvent contre la femme : il n'y a véritablement vente à son égard qu'à compter de la ratification. Jusque-là, la propriété n'est pas transférée. Aubry et Rau assimilent cette hypothèse à celle d'une obligation contractée par le mari en son nom et pour sa femme, en se portant fort pour celle-ci : l'hypothèque ne prend rang qu'au jour de l'accession de la femme à l'obligation ; il doit en être de même pour la ratification de la vente.

Un arrêt de la Cour de Paris (2) a cependant fait remonter l'hypothèque au jour de la vente. Le mari, qui avait agi comme gérant d'affaire, est rétroactivement considéré comme mandataire : en vertu du principe de la représentation, la femme est censée avoir été partie à la vente, à la date de laquelle s'est produit le transfert de la propriété.

Mais les acquéreurs et créanciers du mari ne peuvent être à la merci de la femme. La rétroactivité de l'hypothèque aurait pour conséquence de lui permettre, en

1) Aubry et Rau, III. § 264 *ter*, p. 405, texte et note 69 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1485 ; Guillouard, II, n° 846.

(2) Paris, 18 juin 1863, D., 44. 5. 208.

ratifiant la vente, de primer les tiers qui ont antérieurement contracté avec le mari. C'est pour écarter ce danger que les rédacteurs du Code n'ont attribué à l'hypothèque que la date du jour où la femme consent à la vente ; le même danger doit la faire différer jusqu'au jour de la ratification.

Cette solution ne lèse pas la femme. Tant qu'elle n'a pas donné son adhésion, la propriété n'est aux mains de l'acquéreur que conditionnelle. Si elle craint de ne pas rentrer dans le prix de son propre dissipé par le mari, qu'elle ne ratifie pas la vente et se réserve contre l'acquéreur la revendication ! Elle est en tout cas intéressée à consolider la situation le plus tôt possible, ce qui est un avantage pour la sécurité des transactions : plus tôt elle acceptera l'aliénation, plus le rang de son hypothèque sera voisin de la date de la vente.

Par identité de motifs avec les cas déjà examinés, la preuve de la ratification devra, pour donner son rang à l'hypothèque, être rapportée par un acte ayant date certaine conformément à l'article 1328.

Un auteur (1) a cru trouver dans un arrêt de la Cour de cassation (2) une dérogation en sens inverse à la règle de l'article 2135, al. 3, et a apporté à cette décision l'appui de son autorité :

« Sous tous les régimes, quand le contrat de ma-

(1) Beudant, II, n° 729-1°.

(2) Cass. Civ., 16 mai 1865, D., 65.1.265.

riage contient une clause de remploi, en d'autres termes, quand le remploi est obligatoire, la femme, à défaut de remploi, vient comme créancière non à la date de la vente, mais à la date du mariage.

« Cette solution est soutenable. En effet, dans ce cas, la femme ne vient pas précisément comme créancière du prix de son propre aliéné, mais plutôt comme créancière à raison d'une faute personnelle du mari. A tout le moins, elle a deux titres pour agir. Dès lors, elle agit en responsabilité contre le mari à raison de l'inexécution des conventions matrimoniales, autrement dit à raison des conventions matrimoniales. Par conséquent, elle se trouve dans l'hypothèse du 1^{er} alinéa de l'article 2135-2^o et non dans celle de l'alinéa 3. » (1)

On a justement reproché (2) à Beudant d'attribuer une portée absolue à un arrêt rendu dans une espèce particulière. Il s'agissait, en fait, d'une femme mariée sous le régime dotal et dont le mari avait reçu du contrat de mariage le pouvoir d'aliéner seul les immeubles dotaux à charge de remploi. C'était ce pouvoir de disposition qui justifiait, nous le verrons plus loin la rétroactivité de l'hypothèque au jour du mariage.

Mais l'existence d'une obligation de remploi ne suffirait pas à expliquer cette solution. Cette obligation n'existe que si l'aliénation se produit et à partir de l'aliénation ; or la vente ne peut résulter en principe que du con-

(1) Beudant, *loc. cit.*

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1487-I.

sentement de la femme, nécessairement postérieur au mariage.

Si l'opinion de Beudant était exacte, il devrait, avec l'ensemble de la jurisprudence dont l'arrêt cité n'était qu'une application, justifiée à nos yeux par les circonstances particulières du procès) accorder, dans tous les cas, à la femme dotale, pour le prix de ses biens dotaux aliénés, une hypothèque au jour du mariage : sous ce régime, en effet, le remploi est obligatoire pour le mari en vertu de la loi. Or Beudant n'admet ce rang qu'é lorsque l'immeuble dotal a été aliéné en dehors des hypothèses où le contrat de mariage ou la loi le permettent (1).

Dans une espèce où le prix de la vente consentie par la femme dotale n'avait pas été employé conformément aux clauses du contrat de mariage, la Cour de Caen (2)

(1) Beudant, II, n° 729.

(2) Caen, 7 juill. 1851, D., 52, 2, 243. La portée de cet arrêt est atténuée, au point de vue de l'application à la femme dotale de l'alinéa 3, par cette circonstance de fait que c'était la femme elle-même qui demandait à n'exercer son hypothèque qu'au jour de la vente. Ayant d'autres reprises, elle avait intérêt à les voir colloquer au jour du mariage, avant celle du prix de vente : à défaut de fonds suffisants sur le produit de la vente des immeubles du mari, il lui restait pour elle-ci l'action révocatoire contre l'acquéreur.

Le tribunal de Bayeux, par un jugement du 27 avril 1850, s'était contenté, conformément à la jurisprudence, de fixer l'hypothèque à la date du mariage, sans examiner si la femme pouvait, au moment de la collocation, renoncer, dans son intérêt, à son rang légal pour une de ses reprises.

Mais la Chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 21 déc. 1853, D., 54, 1, 5, rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Caen, sans statuer sur le rang de l'hypothèque légale. Même si on le fait remonter au jour du mariage, la femme, d'après la Cour suprême, peut, dans son intérêt, faire passer ses créances mobilières les premières, et demander à n'exercer son hypothèque pour le prix de son immeuble aliéné qu'au jour de la vente. Cette option profite aux autres créanciers hypothécaires et l'acquéreur ne peut l'attaquer.

n'a fait remonter l'hypothèque qu'au jour de la vente, en ayant soin de relever dans ses motifs que le contrat de mariage n'avait pas conféré au mari le pouvoir de vendre.

Cet arrêt est contraire à l'opinion, consacrée par la presque unanimité de la jurisprudence (1), à laquelle nous venons de faire allusion. L'application au régime dotal de l'alinéa 3 de l'article 2135 est, en effet, une des questions le plus vivement discutées de celles que soulève l'interprétation de cet article et, si la jurisprudence s'en tient avec fermeté à l'opinion indiquée, les auteurs sont très divisés : les uns l'approuvent, d'autres la combattent d'une manière absolue ; d'autres enfin préconisent des distinctions.

Pour écarter l'alinéa 3, on fait remarquer qu'il parle des propres. Dans la terminologie de nos anciens auteurs et du Code lui-même, ce terme s'oppose aux acquêts de communauté, mais ne sert jamais à désigner les biens de la femme dotale. Le caractère exceptionnel reconnu par la jurisprudence à ce texte commande de s'en tenir à une interprétation stricte.

Un des attendus d'une décision judiciaire (2) répond à l'objection tirée de l'emploi du mot « propres » par la coutume normande, exclusivement dotale :

« Il est impossible d'admettre qu'une expression

1) Comme arrêts dissidents, citons, en dehors de celui de la Cour de Caen mentionné au texte : Agen, 10 juin 1859. S., 59. 2. 311 ; Caen, 29 nov. 1872. D., 74. 2. 107.

(2) Trib. Orange, 17 févr. 1891. D., 92. 2. 613.

ayant en Normandie un sens exceptionnel absolument opposé à celui qu'elle avait dans les pays de droit écrit ait été insérée dans le Code précisément avec cette signification exceptionnelle, et alors surtout que les rédacteurs du Code qui ont organisé le régime dotal appartenaient tous aux régions méridionales où, sous la transformation du droit romain, la jurisprudence était si particulièrement favorable à la dotalité. »

Une autre preuve que la disposition de notre texte est étrangère au régime dotal, c'est qu'elle est « comprise dans une même énonciation avec celle qui a pour objet l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, laquelle indemnité présuppose forcément un régime autre que le régime dotal, sous lequel la femme ne peut s'engager dans l'intérêt du mari. » (1)

On trouve dans la différence de situation de la femme dotale et de la femme commune la justification du rang plus favorable attribué à la première.

L'explication vise surtout le cas où l'immeuble dotal a été vendu en violation de l'inaliénabilité.

« Le mari qui a vendu le bien propre de la femme, dit Troplong (2), n'avait, avant cette vente, contracté envers elle aucune obligation relative à ce genre de propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien qu'il s'oblige à l'en indemniser ; l'alié-

(1) Riom, 16 juin 1877, D., 78. 2. 150. Cf. Pont, II, n° 767.

(2) Troplong, *Du contrat de mariage*, n° 589 bis. Cf. trib. Orange (motifs), 17 février 1891, D., 92. 2. 613.

nation engendre seule l'obligation et l'obligation donne naissance à l'hypothèque. Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise dès l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son avoir bien longtemps avant la vente du fonds dotal ; cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque ; elle n'est que l'événement qui force la femme à en user. »

Se fondant sur ce raisonnement, des arrêts ont fait remonter au jour du mariage l'hypothèque de la femme dotale dont les biens avaient été vendus malgré l'inaliénabilité stipulée au contrat de mariage. (1)

Mais Troplong lui accordait déjà le même rang quand la vente était permise à condition de emploi. La jurisprudence l'a suivi sur ce point (2). Certains arrêts donnent en termes généraux cette solution pour les ventes dotales, sans distinction d'espèces (3) ou même dans le cas de vente permise sans condition de emploi (4).

1) Toulouse, 18 novembre 1889, D., 90. 2. 199 (partage d'ascendant effectué en dehors de l'hypothèse d'établissement d'enfant) ; Pau, 31 mai 1893, D., 95. 2. 10.

2) Trib. Bayeux, 27 avril 1850, rapporté avec l'arrêt de Caen qui réforme sa décision, D., 52. 2. 243 ; trib. Valence, 7 fév. 1863, confirmé par Grenoble, 14 déc. 1863, rapportés avec Civ. rejet, 16 mai 1865, D., 65. 1. 265 ; Nîmes, 28 janvier 1879, D., 80. 2. 127 ; trib. Orange, 17 fév. 1891, cité page 137, note 2 ; Cass. civ., 10 fév. 1892, D., 92. 1., 118 ; Cass. Civ., 17 mars 1896, D., 97. 1. 443.

(3) Grenoble, 28 nov. 1902, D. 1903, table, col. 418.

(4) Riom (motifs implicites), 16 juin 1877, D. 78. 2. 150.

Les motifs de cette extension varient du reste avec les arrêts.

« Dans l'un et l'autre de ces cas (inaliénabilité, aliénabilité avec emploi obligatoire), dit l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 mars 1896, le mari a violé la loi du contrat de mariage qui l'obligeait à ne pas aliéner ou à n'aliéner qu'à charge de emploi ; c'est alors de ce contrat que naît son obligation et par suite l'hypothèque. »

L'arrêt de la Cour de Riom voit dans la stipulation du régime dotal une « convention matrimoniale » : c'est donc l'alinéa 1^{er} qui est applicable au prix de la dot non employé, même quand le emploi n'était pas obligatoire. Il ajoute : « Sous ce régime plus que sous tout autre, l'administration du mari, qui est, suivant une observation du Tribunal, le fondement de l'hypothèque légale, devait avoir pour contrepoids cette garantie » et la responsabilité du mari « existe déjà virtuellement dès le jour du mariage. » Si l'on oppose les dangers résultant de cette solution pour les tiers : ils n'avaient qu'à consulter le contrat de mariage !

L'arrêt de la Cour de Nîmes du 28 janvier 1879 répond sous une autre forme à l'objection que l'hypothèque ne peut être antérieure à la créance : elle a pour origine le mariage :

« Attendu que la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage, et que, si cette dot se transforme par suite d'une aliénation, cette transformation même est un acte de la gestion du mari, acte qui

doit donner lieu à une hypothèque datant du jour où la gestion a commencé. »

Cet attendu reproduit à peu près textuellement une phrase du traité des Privilèges et Hypothèques de Pont (1). Le même auteur présente ailleurs (2) une justification pratique.

« La femme commune est réputée moins dépendante de son mari que la femme dotale ; et, d'un autre côté, l'aliénation d'un propre dont le prix peut devenir pour la communauté une source de gains considérables profite communément beaucoup plus à la première que l'aliénation de l'immeuble dotal ne peut profiter à la seconde. Il est donc tout à fait équitable d'accorder à celle-ci une hypothèque plus avantageuse qu'à celle-là, car il est naturel que les sûretés de la créance soient en raison inverse des avantages que cette créance procure. »

Pont (3) ajoute cette autre différence entre les deux régimes que, sous le régime dotal seul, le paiement n'est valable qu'accompagné du emploi. « Or ce emploi est prescrit par le contrat de mariage ; il est une condition même de l'administration conférée au mari par ce contrat... Le emploi est une obligation corrélatrice à la faculté accordée par le contrat de mariage, et sans laquelle le mari et la femme ne pourraient pas aliéner : c'est une condition insépara-

(1) Pont, II, n° 767.

(2) Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, n° 677.

(3) Pont, *loc. cit.*

ble de la concession par laquelle il est dérogé au principe de l'inaliénabilité dotale et qui, dès lors, rentre dans cette administration dont le contrat de mariage est la source, et dont la loi a voulu faire, d'après les observations du Tribunat, le principe même et le fondement de l'hypothèque légale. Ici il est vrai de dire encore que, cette condition de remploi étant imposée au mari par les conventions matrimoniales, l'inexécution se transforme en une créance ayant sa cause dans ces mêmes conventions, qui se composent dans leur ensemble de toutes les stipulations sous la foi desquelles le mariage a été contracté. »

Le même auteur s'appuyait aussi sur la discussion à l'Assemblée législative du projet de réforme hypothécaire, qui, d'après lui, aurait, « jusqu'à un certain point, sanctionné par une sorte d'interprétation législative » cette opinion.

M. Rouher avait proposé d'ajouter à l'article 2130 du projet soumis par la commission à cette assemblée (et correspondant à l'article 2135 du Code civil) que la femme n'aurait hypothèque « pour le prix de ses immeubles dotaux aliénés que du jour de l'aliénation. »

Cet amendement avait été adopté sans objection par la commission : c'était, dit Pont, reconnaître que le cas n'était pas déjà prévu par l'alinéa 3 de l'article 2135.

Sans doute la commission, dans sa séance du 13 février 1851, revint sur sa première décision ; mais ce n'est pas pour éviter un double emploi. Le rapport de

M. de Vatimesnil en donne la raison. Dans l'impossibilité, dit-il, d'embrasser tous les cas, « nous sommes obligés d'en revenir à ce point : là où il y aura une créance, il y aura une hypothèque légale à la date de la créance. Mais quand la créance existera-t-elle et prendra-t-elle naissance ? Tout cela dépendra du contrat... » M. Rouher renonça à son amendement.

L'argument tiré de ce débat se trouvait déjà dans Troplong (1). Mais tandis que cet auteur en concluait à l'inapplicabilité absolue de l'alinéa 3 aux ventes dotales, Pont a vu dans les termes du rapport de M. de Vatimesnil la possibilité d'une distinction. Il admet bien l'hypothèque au jour du mariage dans le cas où l'aliénation autorisée n'a pas été suivie de emploi. Mais si la vente a été consentie au mépris de l'inaliénabilité dotale, l'hypothèque datera seulement du jour de la vente. Ce système excepte donc de la règle admise par Troplong et la jurisprudence l'hypothèse même qui en paraissait le point de départ, et dont celle de la vente sans emploi n'était que l'extension !

Pour justifier le rang moins favorable de la femme dans le cas de vente passée en violation de l'inaliénabilité, Pont (2) se fonde sur une renonciation tacite à se prévaloir de cette inaliénabilité, qu'il induit de l'exercice de l'action hypothécaire :

(1) Troplong, 5^e éd. II, n° 379 note. Cf. Pont, *Revue Critique*, 1852, II, p. 386.

(2) Pont, II, n° 770. Cf. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, n° 678.

« La femme ne peut être admise à invoquer et à repousser au même moment le système de la dotalité ; sans doute, la vente peut profiter à la femme dotale comme si elle n'était pas mariée sous le régime dotal, mais aux mêmes conditions que si elle n'avait pas embrassé ce régime. Sans cela, on enlèverait toute sécurité aux actes passés avec un mari qui jouit d'une dot immobilière, et l'on favoriserait la fraude, puisqu'il suffirait d'aliéner ensuite la dot pour que la femme pût primer des tiers qui auraient traité avec le mari dans le temps de la célébration, et qui auraient plutôt prévu l'advenance à la femme de quelque succession ou donation qu'ils n'auraient prévu une aliénation illicite de la dot. »

La distinction entre l'aliénation permise et l'aliénation interdite avait déjà été soutenue par Renouard, dans la discussion sur la réforme hypothécaire, à la séance de l'Assemblée législative du 14 février 1851.

Quelque opinion qu'on adopte sur l'étendue d'application de l'alinéa 3 de l'article 2135, ce système intermédiaire nous paraît devoir être rejeté. Il n'a d'ailleurs pas rencontré d'autres partisans, et, sauf dans quelques hypothèses particulières, les auteurs s'en tiennent tous à une opinion absolue, soit en faveur du rang hypothécaire au jour du mariage, soit dans le sens de l'extension de notre texte à tous les régimes.

Le système de Pont n'était en effet que le corollaire d'une théorie discutée de son temps, d'après laquelle la

femme dont l'immeuble dotal avait été aliéné en violation de l'inaliénabilité n'avait qu'une option entre l'action en révocation contre le tiers acquéreur et l'action hypothécaire contre le mari. L'exercice de son hypothèque légale faisait présumer qu'elle tenait la vente pour valable, et renonçait à invoquer contre l'acquéreur l'inaliénabilité. Renouard avait proposé à l'Assemblée législative de consacrer cette solution.

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée. La collocation obtenue par la femme en vertu de son hypothèque ne l'empêche pas d'agir ensuite en nullité : on discute seulement si la collocation est définitive ou subordonnée au non exercice de l'action révocatoire.

Si la thèse de Rodière et Pont était exacte, il aurait d'ailleurs été logique de l'étendre à l'hypothèse de vente sans emploi, à moins de prétendre (et le contraire est constant, parce que les tiers sont, sous le régime dotal, garants du emploi en vertu de la loi) que la femme n'a pas d'action en nullité dans ce cas. En exerçant son action hypothécaire, elle renoncerait à invoquer, non plus sans doute l'inaliénabilité, mais la nullité, spéciale au régime dotal, fondée sur l'inexécution par l'acquéreur du emploi dont il était tenu sous ce seul régime. Ici encore, la femme abandonnerait l'avantage de la dotalité.

Une fois écartée l'objection de la renonciation tacite à la dotalité, les raisons invoquées pour faire remonter au jour du mariage l'hypothèque du prix de la vente

dotale, à les supposer exactes, le seraient même en cas de vente conclue malgré l'inaliénabilité absolue ; nous l'avons même déjà remarqué, c'était surtout sur cette hypothèse qu'avait raisonné Troplong. L'alinéa 3, texte exceptionnel et d'interprétation stricte, ne parle que des propres ; le mari a violé une des règles comprises dans les conventions matrimoniales.

Il nous faut donc maintenant discuter ce système sous la forme absolue que lui a donnée la jurisprudence. Nous ne le croyons pas fondé.

L'interprétation littérale qu'il propose du texte de l'alinéa 3 nous paraît au moins douteuse. L'opposition entre les propres et les biens communs est exacte, mais rien n'empêche d'envisager la distinction à un point de vue plus général. Sans doute c'est sous le seul régime de communauté que se rencontre une masse commune où tombent les biens apportés par les époux. Mais les propres comprennent des biens dont l'état juridique n'est pas particulier au régime de communauté : le sens naturel de ce mot ne conduit-il pas à l'étendre à tous les biens qui, au lieu de tomber dans une masse commune, restent la propriété de l'époux qui les apporte en mariage ? Les paraphernaux, les biens extradotaux de la femme dotale rentrent dans cette définition, et les biens dotaux proprement dits ressemblent davantage encore aux propres de communauté, puisque la femme en perd aussi la jouissance et l'administration.

Un arrêt (1) a observé que la Coutume de Norman-

(1) Caen, 29 nov. 1872, D., 74. 2. 107.

die, exclusivement dotale, se servait du mot « propres ». L'attendu du jugement du tribunal d'Orange cité plus haut ne répond pas à cet argument. Personne ne prétend que cette expression « ait été inscrite dans le Code précisément avec cette signification exceptionnelle » de « biens dotaux » : on se demande seulement si le mot « propres » ne peut pas comprendre même les biens dotaux ; son emploi par une coutume dotale et son étymologie prouvent l'affirmative.

Dans les observations du Tribunat et le rapport du tribun Grenier, qui ont déterminé la rédaction actuelle de l'article 2135, il n'est du reste pas question de propres, mais d'« immeubles ».

L'argument invoqué de la connexité entre les deux dispositions de l'alinéa 3 se retourne contre ses auteurs. Nous avons montré qu'une créance de la femme comme caution de son mari était possible sous tous les régimes : la disposition relative aux ventes doit s'appliquer avec la même généralité.

Nous ne nous arrêterons pas à discuter les conclusions tirées des débats sur le projet de réforme hypothécaire en 1851 : des opinions mises au cours de travaux parlementaires sans résultat ne peuvent avoir la valeur d'une interprétation législative.

Quant à la situation prétendue plus avantageuse de la femme commence en cas de vente d'un de ses propres, nous ne la concevons pas bien : si le prix « peut devenir pour la communauté une source de gains

considérables », il n'y a pas de raison que la femme en fasse les frais pour la moitié qui reviendrait à son mari.

Les autres arguments présentés par les arrêts peuvent se ramener à un seul : le mari est chargé de la dot dès l'instant du mariage, en vertu des conventions matrimoniales ; s'il n'effectue pas le emploi, il viole ces conventions matrimoniales ; s'agissant de la dot et des conventions matrimoniales, l'alinéa 1^{er} de l'article 2135 est applicable.

Est-il exact d'opposer ainsi la femme dotale à la femme commune ? Le mari commun n'est-il pas tenu, lui aussi, de conserver la dot de sa femme et de la restituer à la dissolution de la communauté, en nature ou en valeur ? Cette charge ne commence-t-elle pas au jour de la célébration du mariage ?

Cependant, dans cette hypothèse, tout le monde trouve justifiée la disposition du Code qui ne fait remonter l'hypothèque qu'au jour de la vente : l'hypothèque ne peut être antérieure à la créance de la femme. On reconnaît que cette créance ne date que de la vente. Jusque-là, la femme se trouve sauvegardée par son droit de propriété, par un droit réel exclusif de toute créance.

Il n'en est pas différemment sous le régime dotal. Jusqu'à la vente, le droit de propriété garantit la femme, mieux même que pour le propre de la femme commune, car l'inaliénabilité qui s'y ajoute la préserve, même

malgré elle, d'une transformation en argent et d'une saisie.

Si elle consent à la vente, dans l'hypothèse où elle est permise, son droit de propriété disparaît ; alors, mais alors seulement, il devient nécessaire de la garantir contre la dissipation du prix par le mari ou l'utilisation pour son profit personnel. Quel motif invoque-t-on pour donner une hypothèque antérieure à la vente ? Le remploi était obligatoire de par le contrat de mariage. Sans doute, mais à une condition : c'est que l'immeuble fût vendu. S'il n'avait jamais été vendu, l'obligation du mari ne serait jamais née : elle est donc née de cette vente ; ou, si l'on préfère, elle était suspendue par le mariage sur la tête du mari, mais ne s'y est reposée que par la vente.

- L'obligation de placer les deniers en provenant n'est qu'une garantie supplémentaire de la restitution de la dot, restitution due même par le mari commun. Ne faut-il pas même y voir plutôt une condition de validité de la vente, intéressant surtout l'action en nullité, que la source de la créance d'où naît l'action hypothécaire ?
- On pourrait l'affirmer, en observant que sous la communauté, où l'obligation de remploi n'existe pas, la femme est aussi créancière de son mari ; l'action en nullité de la vente disparaît seule. C'est la charge générale de restitution qui, sous les deux régimes, se transforme en obligation, au jour où la dot se transforme en argent.

On ajoute, il est vrai (1), que « la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage...; cette transformation (par une aliénation) est un acte de la gestion du mari. »

Mais, sous la communauté aussi, la dot « grève le mari dès l'instant du mariage » sous forme d'une restitution en nature ou éventuellement en valeur ; ce n'en est pas moins cette éventualité seule qui le constitue débiteur, au jour où elle se produit, c'est-à-dire au jour de la vente ; et il en est absolument de même sous le régime dotal.

Quant à dire que « cette transformation est un acte de la gestion du mari, » c'est exact pour la dot mobilière, dans les hypothèses, plus ou moins nombreuses suivant les systèmes, où l'on reconnaît au mari le pouvoir de disposer de la dot : et dans ces hypothèses, nous avons admis en effet que l'hypothèque remontait au jour du mariage.

Mais cette affirmation est erronée en ce qui concerne les immeubles dotaux : la vente n'est pas un acte de la gestion du mari. Elle dépasse ses pouvoirs d'administrateur, comme la vente d'un propre dépasse ceux du mari commun. Dans aucun de ces régimes, il n'y a dans la vente immobilière exercice d'une gestion du mari commençant au jour du mariage : pourquoi dans l'un d'eux, et l'un seulement, fixer l'hypothèque à cette date ?

(1) Nîmes, 28 janvier 1879, D., 80, 2.127 ; Pont, II, n° 867.

Un jugement du tribunal de Coutances (1) a très heureusement justifié en ces termes sa décision, qui donnait hypothèque au jour de la vente dotale :

« Ce n'est plus l'hypothèque générale résultant du mandat qui est applicable, mais bien une hypothèque spéciale qui ne prend naissance qu'au jour précis et volontaire du fait de la femme qui l'a produit. »

Les deux régimes se ressemblent encore davantage, quand le contrat de mariage, stipulant la communauté, exige le remploi des propres aliénés, et quand, adoptant le régime dotal, il permet la vente des biens dotaux sans emploi. Cependant, dans la première espèce, on applique l'alinéa 3 et dans la seconde, un arrêt (2) a fait remonter l'hypothèque au jour du mariage. Sa décision est impossible à justifier.

Dans la vente effectuée au mépris de l'inaliénabilité, on voit une violation des conventions matrimoniales, qui permet d'appliquer l'alinéa 1^{er}. Cette justification d'un rang privilégié ne nous paraît pas plus exacte. Le jugement du tribunal de Coutances que nous venons de citer disait encore, avec beaucoup de précision, aussi bien pour le cas d'inaliénabilité que pour celui de vente permise à charge de remploi : « tant que les immeubles dotaux restent la propriété de la femme, il n'existe aucun principe d'obligation par rapport à la valeur de ses immeubles ». Si le mari s'est obligé, dans le cas précédem-

(1) Trib. Coutances, 9 mars 1893, sous Cass., 17 mars 1896. D., 97. 1.443.

2. Riom, 16 juin 1877, D., 78. 2. 150.

ment examiné, à faire emploi du prix, peut-on dire, ici, qu'il s'est obligé à ne pas aliéner ? A quoi bon, puisque le régime ne lui donne pas ce pouvoir ? Comment, dès lors, expliquer que la vente le constitue débiteur de la femme comme ayant violé les conventions matrimoniales ? La femme aussi les a violées, puisqu'elle a consenti à la vente, que le mari n'a fait qu'autoriser.

Ce n'est pas plus la violation de l'inaliénabilité que le défaut d'exécution de l'obligation de remploi qui donne naissance à la créance de la femme : ils ont pour sanction la nullité de la vente. La créance se fonde sur la charge de restitution de la dot imposée au mari. Exécutée par la simple remise matérielle quand la dot existe encore en nature à la dissolution du mariage, cette charge se transforme en créance quand la dot est transformée en argent. Mais cette transformation est l'œuvre de la femme : sa créance n'apparaît qu'au moment de la vente, et l'hypothèque légale ne doit pas avoir d'autre date.

On a présenté (1) contre la rétroactivité de l'hypothèque une objection d'un autre ordre, spéciale au cas de vente consentie en violation de l'inaliénabilité :

« On ne voit pas comment la femme peut se faire, de la faute à laquelle elle a participé, une arme contre les tiers. Elle pouvait s'opposer à cet acte, y refuser son consentement ; elle ne l'a pas fait et sa conduite

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1489. Cf. Pont, passage cité *suprà*, page 143.

répréhensible deviendrait pour elle la source d'un droit, porterait préjudice aux tiers !... La loi a voulu protéger les tiers contre les actes réguliers de la femme commune, et sa protection leur ferait défaut lorsque l'acte est irrégulier, parce que la femme serait mariée sous le régime dotal ! »

Mais, observe un arrêt (1), la dot immobilière est ainsi garantie moins efficacement que la dot mobilière : l'hypothèque relative à l'aliénation des meubles remonte au jour du mariage, soit que le mari en devienne propriétaire, soit que la femme le demeure, s'il s'agit de meubles corporels ou de titres au porteur, ou même, pour ceux qui en donnent au mari la disposition, de meubles incorporels.

On a répondu (2) que la femme est suffisamment protégée par l'action en nullité. « Le régime dotal est un régime de conservation, non un régime de transformation. Donner à la femme une garantie qui facilite les transformations de la dot, n'est-ce pas aller en quelque sorte contre la volonté certaine du législateur, qui interdit la dénaturation de la dot (article 1553) ? »

Nous avons déjà justifié cette différence de traitement : quand le mari est propriétaire de la dot ou a le pouvoir d'en disposer, c'est de ce pouvoir que résulte pour la femme le risque de ne pas retrouver son bien en nature à la dissolution du mariage. Peut-être ne ven-

(1) Nîmes, 22 janv. 1879, D., 80. 2. 127. Cf. Trib. Orange, 17 février 1891, D., 92. 2. 613.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1489.

dra-t-il pas les meubles, les titres au porteur qu'il a en mains du chef de sa femme. Peu importe : s'il les aliène, ce sera en vertu des pouvoirs qu'il possède depuis le jour du mariage. •

Si l'hypothèque ne devait dater que de la vente, il lui serait trop facile, pour en retarder le rang, de prétendre que les meubles corporels, que les titres au porteur ont été aliénés à une date postérieure à la date réelle de la vente. Dans l'impossibilité de prouver cette date, la femme risquerait de voir passer devant elle des créanciers postérieurs, de perdre son hypothèque sur des immeubles que le mari n'a aliénés qu'après cette vente dotale.

La créance de la femme, née au jour du mariage du risque que crée pour elle le pouvoir conféré au mari dès ce moment, doit être garantie par une hypothèque à cette date.

Lorsqu'au contraire l'aliénation n'est pas permise au mari, la femme se trouve efficacement garantie par son droit de propriété jusqu'au jour où elle consent à vendre. La transformation du bien dotal en argent dépend d'elle seule : c'est au jour où elle la consent, et par la vente même, que son droit de propriété est transformé en une créance contre l'acquéreur, et en une créance contre son mari. L'hypothèque, qui doit être concomitante à l'obligation, ne peut remonter au-delà de la vente. Impossible au mari de frauder sa femme par une post-

date, puisqu'elle intervient à la vente comme partie principale.

Cette opinion ne s'appuie pas seulement sur le principe que la garantie ne peut précéder la créance dont elle est l'accessoire. Elle est seule conforme à la pensée des rédacteurs du Code, qui, ayant présenté cette justification du rang de l'hypothèque, doivent être présumés l'avoir étendue au régime dotal, sous lequel elle est également exacte.

En rompant avec le principe de l'unité du rang hypothécaire, ils ont aussi voulu éviter les fraudes qu'il facilitait et sauvegarder les intérêts des tiers. La section du Tribunal et le rapport du tribun Grenier insistent sur ce point.

Or ce danger n'est pas spécial au régime de communauté. Avec une hypothèque remontant à la date du mariage, on pouvait craindre que la femme ne vendît sa dot à un prête-nom pour primer les créanciers du mari. Ceux-ci devaient d'autant moins s'y attendre que la dot était inaliénable. N'est-ce pas prêter aux rédacteurs du Code une intention absurde, et que le texte ne suppose nullement, qu'à de penser qu'ils n'aient voulu apporter aux inconvénients de la rétroactivité, communs aux deux régimes, qu'un remède spécial à l'un d'eux ? (1)

Si l'intérêt des tiers commande de n'accorder l'hyp-

(1) La majorité de la doctrine partage notre opinion. Citons notamment : Thézard, n° 227 ; Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis*-VI ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1488 ; Planiol II, n° 3125. *Contra* : Oudre Pont, déjà cité, Guillouard, II, n° 854.

pothèque qu'à la date de l'aliénation, pourquoi, dirait-on, ne pas étendre cette solution au cas de vente de ceux des biens dotaux dont le mari a la disposition en vertu de la loi ou du contrat de mariage ? Le mari peut vendre à un prête-nom la fortune mobilière de sa femme et primer tous ses créanciers par l'hypothèque de celle-ci.

On peut répondre que les tiers qui traitent avec le mari connaissent par le contrat de mariage, au moins depuis la loi de 1850, les pouvoirs dont il dispose et le risque qui les menace. Ils auraient moins de raison de s'attendre à la vente d'un immeuble déclaré inaliénable entre les mains de la femme ou au défaut d'un emploi auquel l'acheteur est intéressé à veiller.

Ajoutons un autre argument. La femme qui consent l'aliénation de sa dot ne devient créancière du mari qu'au jour de la vente ; on ne lui cause aucun préjudice en lui conférant hypothèque à cette date. Le pouvoir de disposition du mari fait au contraire naître un risque pour la femme du jour où il est conféré, du jour du mariage. Ce danger suffit à expliquer que l'hypothèque précède la transformation de la dot en argent. S'il n'est pas légitime de sacrifier les tiers qui traitent avec le mari à une préférence injustifiée donnée à la femme, il est conforme à l'esprit d'une législation qui lui accorde une situation exorbitante de préférer, de deux solutions préjudiciables l'une à la femme, l'autre aux tiers, la plus avantageuse pour la femme.

Cette observation justifie une dérogation à la règle de l'alinéa 3, dans le cas où le contrat de mariage confère au mari le pouvoir de vendre seul l'immeuble dotal (1). Pour Aubry et Rau, la femme, n'ayant pu s'opposer à la vente, « doit par cela même jouir de la garantie de l'hypothèque dans toute son étendue. » MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes voient dans cette solution « une application pure et simple des règles que le Code consacre », c'est-à-dire une conséquence logique de leur système : l'hypothèque date du mariage, quand la créance de la femme ne dépend pas d'une manifestation ultérieure de sa volonté.

Ces auteurs n'examinent la question qu'à propos de la femme dotale. Pont (2) rejette même expressément une solution identique quand il s'agit de la vente d'un propre sous la communauté :

« L'aliénation d'un propre eût-elle eu lieu en vertu d'une clause du contrat de mariage par lequel le mari aurait été autorisé à vendre les biens de la femme dans l'intérêt de ses propres affaires, la date de l'hypothèque n'en demeurerait pas moins fixée au jour indiqué par la loi. » (c'est-à-dire au jour de la vente)

C'est, croyons-nous, manquer de logique. Cette distinction est d'ailleurs peu conciliable avec le système de cet auteur, qui voit dans l'administration du mari le fondement de l'hypothèque. A propos de la même hy-

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *1er*, p. 409, texte et note 77 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1490. Cf. Pont, II, n° 768.

(2) Pont, II, n° 766.

pothèse sous le régime dotal, il justifie une solution différente en disant « que la transformation qui s'est opérée par l'effet de l'aliénation étant un acte de la gestion du mari, il est nécessaire que la sûreté hypothécaire à laquelle la femme a droit pour la restitution du prix remonte au point de départ de cette gestion, qui est la date même du mariage. »

La transformation du propre par le mari commun n'est-elle pas aussi « un acte de sa gestion », effectué en vertu des pouvoirs que lui donne le contrat de mariage ou la loi ? L'hypothèque ne doit-elle pas remonter « au point de départ de cette gestion », qui est la célébration du mariage ?

Nous n'admettons, bien entendu, la date du mariage que pour les biens dont la femme est dès ce moment propriétaire. Pour les immeubles qu'elle acquiert postérieurement par succession ou donation, le pouvoir de disposition du mari ne peut s'exercer, et l'hypothèque exister qu'au jour de la succession ou de l'acceptation de la donation.

Dans le cas où c'est un mandat postérieur à la célébration du mariage qui autorise le mari à vendre la dot, l'hypothèque remonte au jour du mandat ou du moins, d'après le principe déjà posé, au jour où il a acquis date certaine conformément à l'article 1328. Ce point soulève dans l'hypothèse d'un mandat tacite une difficulté que nous allons étudier à propos des paraphernaux.

CHAPITRE II

HYPOTHÈSES NON PRÉVUES PAR L'ARTICLE 2135

Nous examinerons, dans trois paragraphes, les créances relatives aux paraphernaux, aux frais d'instances et à la pension alimentaire.

§ 1^{er}. — Des paraphernaux

L'article 2135 ne parle pas explicitement des biens de la femme séparée de biens ni des biens extradotaux. Ce silence se conçoit. La femme en conserve l'administration ; c'est elle qui gère les immeubles, touche les créances et capitaux provenant de successions ou de ventes. Le mari, n'ayant pas de pouvoirs, n'est pas responsable ; la femme n'a pas de créance contre lui, donc pas d'hypothèque légale.

Si cette absence de responsabilité maritale est la conséquence de l'adoption du régime de séparation, une créance peut cependant naître au profit de la fem-

me dans des circonstances exceptionnelles, soit en vertu des conventions des parties ou de la loi, soit du fait du mari. La responsabilité du mari résultera de son immixtion dans l'administration, en vertu du pouvoir que lui a délégué sa femme ou malgré l'opposition de celle-ci, ou du concours à la vente de paraphernaux dans les conditions indiquées par l'article 1450 du Code civil.

Il suffit de rappeler ici l'opinion d'après laquelle, pour les créances non mentionnées dans l'article 2135, le rang de l'hypothèque devait être déterminé, conformément au droit commun, par la date de l'inscription.

Cette thèse, développée surtout à propos de la femme paraphernale, étant universellement abandonnée, comment, à défaut d'une inscription inutile et d'une disposition de la loi, fixer le rang de l'hypothèque pour les paraphernaux ?

Appliquons notre principe que l'hypothèque remonte à la date où est née la créance de la femme contre son mari. Si le mari a agi en vertu du pouvoir que lui avait conféré la femme, soit dans le contrat de mariage, soit par un mandat postérieur, c'est au jour de ce mandat que remonte l'hypothèque légale : les pouvoirs du mari constituent dès l'origine pour la femme, un risque contre lequel elle doit être prémunie par une créance et une garantie contemporaines de ce risque. Nous renvoyons sur ce point aux développements donnés à propos de la vente des biens propres ou dotaux.

Une question délicate se pose dans le cas de mandat tacite. Les auteurs ne paraissent pas l'avoir aperçue. Ils confondent en général cette hypothèse avec celle d'un mandat exprès.

Nous avons vu cependant plus haut que les ayants cause à titre particulier du mari qui opposent à la femme exerçant son hypothèque légale un droit propre leur appartenant, sont des tiers par rapport à elle et peuvent exiger la date certaine des conventions auxquelles elle prétend faire remonter son hypothèque.

Le mandat postérieur au mariage qui confère au mari ses pouvoirs ne peut donc servir de base au rang hypothécaire de la femme que s'il est revêtu de la date certaine. Cette condition n'exclut-elle pas la possibilité d'un mandat tacite ? Sans doute, il constitue par lui-même le mari débiteur de sa femme, mais celle-ci ne pourra opposer aux tiers un acte à date certaine, puisqu'il n'y a pas d'acte du tout.

Dans cette hypothèse, ce n'est plus, croyons-nous, la date du mandat qui est à considérer, mais la date de l'acte ayant date certaine d'où découlerait la créance du mari en l'absence de mandat. Cette solution, commandée par les nécessités juridiques et par le but de l'article 1328, qui est d'éviter des fraudes aux dépens des tiers, n'est pas injuste pour la femme : elle aurait pu donner au mari une procuration en bonne forme ; en le laissant se mêler à l'administration, elle avoue sa confiance en lui ou commet une négligence dont elle doit supporter les conséquences.

Colmet de Santerre (1) assimile aussi l'hypothèse du mandat tacite à celle où il n'y a pas mandat. Mais le motif qu'il en donne « l'obligation du mari n'ayant commencé qu'au jour de la réception des deniers », est manifestement inexact dans le cas de mandat tacite.

Si la question se pose surtout pour les paraphernaux, elle n'en est pas moins générale ; nous ne donnerions par exemple à la femme commune hypothèque que du jour de la vente de son propre, même si antérieurement elle avait tacitement chargé le mari d'aliéner.

Tous les systèmes adoptent pour le rang de l'hypothèque la date du mandat (ayant date certaine) qui a conféré au mari ses pouvoirs.

Ce mandat lui est généralement donné par le contrat de mariage, et la jurisprudence peut sans grand inconvénient appliquer son principe que l'hypothèque remonte, à moins d'exception écrite dans l'article 2135, au jour du mariage.

Pour les auteurs qui voient dans l'administration du mari le fondement de l'hypothèque, la gestion du mari remonte ici au jour du mariage ou du mandat.

Ceux qui font naître l'hypothèque à la date du mariage ou d'une manifestation ultérieure de volonté de la femme sont conduits à la même solution, l'hypothèque prend rang au jour du mandat.

Enfin il en est de même si l'on emploie l'interpréta-

(1) IX, n° 105 bis-XIII.

tion par analogie, puisqu'on s'appuiera sur l'un des trois systèmes précédents.

Pour nous, l'attribution du jour du mandat comme date de l'hypothèque se justifie par l'application du principe que l'hypothèque naît avec la créance: c'est le mandat qui est l'origine de cette créance.

Grenier et Troplong (1) ont cependant soutenu que, dans le cas même où l'administration des paraphernaux a été confiée au mari par une clause du contrat de mariage, l'hypothèque de la femme, pour les sommes paraphernales par lui touchées, ne remonte qu'à la date des recouvrements. D'après ces auteurs, l'hypothèque ne peut précéder l'obligation personnelle, et l'obligation personnelle du mari ne date que du jour des versements faits entre ses mains.

Mais, répondent très justement Aubry et Rau (2), « dans l'hypothèse dont il s'agit, il y a pour le mari, du jour du mariage, obligation de gérer les biens paraphernaux de la femme et de rendre compte de sa gestion : Or, c'est cette obligation générale, bien plus que tel ou tel acte de gestion en particulier, qui se trouve garantie par l'hypothèque légale à compter du jour du mariage. La position de la femme est, sous ce rapport, la même que relativement à ses créances dotales recouvrées par le mari. »

Il faut apporter une restriction à cette règle : le man-

(1) Grenier, *Des Hypothèques*, I, n° 232 ; Troplong, II, n° 590.

(2) Aubry et Rau, p. 410, note 78.

dat d'administrer eût-il même été conféré au mari par le contrat de mariage, l'hypothèque de la femme garantissant les sommes qu'elle recueille au cours du mariage par succession ou donation ne prend rang qu'à l'ouverture de la succession ou au jour où la donation a eu son effet. L'alinéa 2 de l'article 2135 - 2^o est applicable, parce que l'hypothèse est absolument analogue à celle qu'il prévoit. Le mari commun ou dotal est investi à partir du mariage d'un pouvoir général d'administration ; l'hypothèque ne date cependant que du jour de la succession ou de la donation, parce qu'il est impossible de fonder auparavant sur ce pouvoir une responsabilité du mari relative à des biens qui ne font pas encore partie, même sous condition suspensive, du patrimoine de la femme.

Dans notre espèce, le pouvoir conféré au mari par une stipulation expresse du contrat de mariage ne peut avoir un effet plus énergique, au point de vue de sa responsabilité, que le pouvoir qu'il tient, sous les autres régimes, de la loi même : la créance de la femme et, par suite, son hypothèque, ne peuvent naître qu'au fur et à mesure de l'entrée des biens nouveaux dans son patrimoine (1).

Bien entendu, l'hypothèque ne remonte au jour du

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1492. Cf. Pont, II, n^o 772 : « Si telle est la règle établie par la loi elle-même pour les sommes dotales, à plus forte raison doit-ce être la règle pour les sommes paraphernales sur lesquelles la protection de la loi s'étend avec moins de faveur. »

mandat que pour les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs. Dans le cas où il est seulement chargé d'administrer et de recevoir les capitaux, la femme n'a hypothèque pour le prix de ses paraphernaux aliénés qu'à partir de la vente, conformément à l'alinéa 3 de l'article 2135.

En l'absence d'un mandat, la créance de la femme ne peut naître qu'au jour où la gestion du mari s'est manifestée par un acte ; c'est de cet acte que date l'hypothèque légale.

Cette formule, très vague à dessein, demande à être éclairée par des applications pratiques, d'autant que l'unanimité n'existe plus ici chez les auteurs.

Les principales causes de responsabilité du mari sont : la réception de sommes paraphernales, les obligations contractées par la femme avec lui, et les ventes paraphernales dans l'hypothèse de l'article 1450.

Le mari peut avoir touché des fonds provenant à la femme d'origines diverses : apports laissés à sa disposition au moment du mariage, successions ou donations recueillies au cours du mariage, remboursement de créances, prix de ventes. Il faut y joindre les fruits dont le mari est comptable suivant les distinctions établies par les articles 1539 et 1577 à 1579 et, depuis la loi du 13 juillet 1907, les sommes provenant du travail personnel de la femme, qui restent, sous tous les régimes, sa propriété.

Dans ces diverses hypothèses, c'est la réception des

fonds qui constitue seule le mari débiteur de sa femme. Auparavant, aucun rapport d'obligation n'existait entre eux, puisqu'il n'était pas chargé d'administrer. L'hypothèque ne remontera d'ailleurs pas pour l'ensemble des créances au jour où le mari a pris en mains la gestion, mais pour chacune, à la date du recouvrement qui lui donne naissance.

Dans une espèce où la femme était munie d'une reconnaissance signée par son mari à une époque postérieure à la remise des deniers, la Cour de cassation (1) l'a admise à établir par témoins le jour exact de cette remise, sous prétexte que l'écrit rendait sa prétention vraisemblable.

Comme le remarque M. Planiol dans sa note sous cet arrêt, la question n'est pas spéciale à la femme, mais se pose pour la preuve d'une créance quelconque. Cet auteur critique vivement la décision de la Cour suprême. Un commencement de preuve par écrit rend admissible la preuve par témoins de l'existence d'une créance ; mais l'écrit n'a pas par lui-même date certaine au regard des tiers. Comment un simple témoignage complétant un commencement de preuve par écrit pourrait-il avoir une force probante plus grande, et prouver la date certaine ?

D'ailleurs les énonciations de l'acte rendaient bien vraisemblable la réception des deniers par le mari à

1 Req., 1^{er} mai 1893, D., 94. I. 57, note de M. Planiol ; S., 94. I. 281, note de M. Appert. Dans le sens de MM. Planiol et Appert : Guillouard, II, n° 843 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1484-I.

une date antérieure, mais à quelle date précise ? Il n'y avait pas même commencement de preuve sur ce point.

Malgré la séparation des intérêts, il est possible que la femme s'oblige pour son mari, conjointement ou solidairement avec lui ou comme caution, ou qu'elle paie une dette personnelle au mari. Nous lui avons reconnu le recours accordé par l'article 1431 à la femme commune, réputée caution à l'égard de son mari. Ce recours est garanti par une hypothèque, dont le rang sera fixé suivant les règles posées plus haut, auxquelles nous renvoyons. A supposer même que l'article 2135 n'ait pas envisagé un régime où les créances de la femme contre son mari sont l'exception, sa solution doit lui être étendue par identité de motifs.

A défaut d'un mandat qui l'autorise à vendre ou à toucher le prix, la responsabilité du mari, dans le cas de vente d'un bien paraphernal, peut naître de la réception sans titre des deniers en provenant, ou du profit qu'il en a tiré, s'ils ont servi, par exemple, à désintéresser ses créanciers, enfin de son concours à la vente. A part la dernière, la solution de ces espèces se rattache à des principes déjà posés : en suivant l'ordre, l'hypothèque aura pour date celle du mandat de vendre, de la vente, de la remise des fonds au mari.

Cette énumération montre combien trop absolue est la formule employée par Aubry et Rau, d'après laquelle « l'hypothèque de la femme séparée de bien, ou mariée sous le régime dotal, ... pour le emploi de ses im-

meubles paraphernaux aliénés, date du jour... des actes d'aliénation et non pas seulement... de celui auquel le mari a touché le prix de vente. » (1)

En dehors du cas où la vente est consentie par une femme paraphernale dont le mari a le pouvoir de toucher les capitaux, elle n'est exacte que dans l'hypothèse où le mari concourt à l'aliénation faite par la femme. L'article 1450 attache à ce concours (où, d'après certains auteurs, au simple consentement) une obligation pour le mari d'employer le prix ; d'où résulte pour la femme une hypothèque au jour de la vente.

Si l'intervention du mari à la vente suffit à le charger de l'obligation du remploi, on peut, en effet, voir dans les circonstances mêmes de la vente l'origine de la créance de la femme. Sans doute celle-ci restera libre de toucher elle-même le prix et peut-être le dissipera-t-elle. Mais la loi considère que le mari, en participant au contrat, s'est engagé à surveiller le paiement et l'utilisation des fonds : cette obligation de surveillance et d'emploi remonte bien au jour de la vente ; elle doit être garantie au profit de la femme par une hypothèque à cette date.

Cette conséquence de l'article 1450 est généralement admise. (2)

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 410.

(2) Pont, II, n° 773 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, n° 2027 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1492 ; Guillouard, II, n° 851 ; Paris, 7 mai 1853, D., 54. 5. 426. Cet arrêt admet que le mari peu s'opposer à ce que la femme touche le prix sans l'employer.

§ 2 . — Frais d'instances .

Nous n'avons pas à nous occuper ici des dépens auxquels la femme a été condamnée sur les poursuites d'un créancier du mari envers lequel elle s'était obligée à titre principal ou comme caution. Le rang de l'hypothèque garantissant son recours contre le mari a déjà été fixé plus haut, à propos des obligations contractées par la femme dans l'intérêt de son mari. Les frais de l'instance sont l'accessoire de la condamnation au principal de l'obligation ; ils doivent être colloqués à la date de l'engagement de la femme.

Que décider pour les frais des instances engagées par la femme en vue d'obtenir l'autorisation de justice, la séparation de biens, la séparation de corps ou le divorce, la conversion de la séparation de corps en divorce ?

A) *Autorisation de justice.* — L'hypothèque légale ne paraît devoir être accordée pour les frais de l'instance en autorisation de justice que sous une distinction. Si la demande est fondée sur le refus du mari, que l'autorisation accordée par le tribunal prouve être injustifiée, la femme pourra recouvrer les frais contre son mari, dont la résistance les a rendus nécessaires.

Mais peut-être demande-t-elle l'intervention de justice parce que son mari, mineur, absent ou interdit, est

dans l'impossibilité de l'autoriser : elle agit alors dans son intérêt exclusif, sans qu'aucune faute puisse être reprochée au mari. Les frais doivent rester à sa charge ; elle n'a ni créance ni hypothèque légale.

Cette observation permet de déterminer le rang de l'hypothèque. Ce n'est pas à la date de la demande qu'il faut la fixer. La demande m'occasionne les frais, mais elle est elle-même la conséquence et la sanction du refus d'autorisation opposé par le mari. Et ce refus n'est-il pas la violation de l'obligation qu'il a contractée le jour du mariage, de protéger sa femme, considérée comme incapable ? Les frais nécessités par l'exercice de ce recours doivent être colloqués à la date du mariage.

B) *Séparation de biens*. — La demande en séparation de biens a pour but de conserver la dot et d'assurer le recouvrement de tous les droits que la femme pouvait avoir à exercer contre son mari. Les frais de l'instance sont donc les accessoires des créances de la femme et doivent être colloqués au même rang.

Un arrêt de la Cour de Chambéry (1) a cependant fixé le rang de l'hypothèque au jour de la demande en séparation de biens. Mais cette solution est généralement repoussée par la doctrine et la jurisprudence. La séparation de biens n'est qu'une des garanties données à la femme contre les pouvoirs de son mari, comme l'hypothèque légale : on doit la considérer, et les frais qui en

(1) Chambéry, 1^{er} mai 1874, D., 75. 1. 486.

résultent, comme l'accessoire de ses droits et colloquer ces frais à la même date que l'hypothèque principale.

Cette solution ne présente aucune difficulté, lorsque la femme n'a qu'une créance unique : on accorde aux frais de l'instance hypothèque à la date de cette créance, soit à la date du mariage, de la succession ou de la donation, soit au jour de l'obligation ou de la vente, si elle n'avait aucune créance antérieure.

Plusieurs auteurs et la jurisprudence (1) étendent le même raisonnement au cas où la femme a des créances garanties par des hypothèques à rangs divers. Les frais, dit-on, ont été faits dans l'intérêt de toutes ces créances, il faut les répartir proportionnellement sur chacune d'elles et les colloquer au rang des hypothèques garantissant ces droits.

On a présenté (2) contre cette répartition proportionnelle des objections qui nous paraissent décisives.

La séparation de biens, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, « n'a pas pour but unique, n'a même pas pour but principal de permettre à la femme d'obtenir le paiement immédiat de ses créances contre son mari ; elle a été organisée pour soustraire le patri-

(1) Colmet de Santerre, IX, n° 105 *bis*-XV ; Guillouard, II, n° 855 ; cf. Planiol, II, n° 3136. — Grenoble, 6 juill. 1882, D., 83. 2. 89 ; Toulouse, 30 décembre 1891, D., 92. 2. 95 ; Cass. Civ., 4 févr. 1868, D., 68. I. 57 ; Cass. Civ., 10 févr. 1892, D., 92. I. 118.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1493. — Dans le même sens : Labbé, sous S., 1872. 2. 257 ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 411, note 79 *bis*.

moine de la femme à l'administration du mari. » On en conclut qu'elle n'intéresse pas seulement les créances, mais les capitaux immobiliers. C'est sur toute la dot, et non seulement sur les reprises en argent, qu'il faudrait faire cette répartition : comment y procéder, puisque la femme n'a pas d'hypothèque pour les restitutions en nature ?

On fait aussi valoir les résultats choquants d'une répartition proportionnelle. Si la femme n'avait eu qu'une créance, elle aurait été colloquée au premier rang. La multiplicité de ses créances aurait pour conséquence, s'il y a des créanciers intermédiaires, de laisser à sa charge une partie des frais ! Sa situation ne doit cependant pas être moins favorable quand elle a plus de reprises à exercer, car le nombre des créances est sans influence sur le chiffre des frais de la séparation.

Dé ces objections, on conclut que l'hypothèque garantissant les frais doit toujours avoir un rang unique, fixé au jour du mariage ou, si la femme n'a reçu aucune dot, au jour de sa créance la plus ancienne.

Ajoutons que la séparation de biens ne constitue pas non plus une action en réparation du préjudice causé par la mauvaise administration du mari.

Elle n'est même pas toujours, comme le dit Beudant (1), attribuant à tort cette opinion à MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, « la sanction de l'engage-

1) Beudant, II, n° 737.

ment pris par le mari dans les conventions matrimoniales d'administrer en bon père de famille le patrimoine de la femme. » Sinon, comment admettre une demande en séparation de la part de la femme, dans l'hypothèse où le mari n'est pas, au moment de la demande, débiteur envers elle ? et même, si la femme n'est créancière que pour les engagements qu'elle a pris conjointement avec son mari ? Elle n'invoque aucune faute ou négligence commise par celui-ci dans l'administration de son patrimoine à elle : ce qui justifie sa demande, c'est le mauvais état des affaires qui rend illusoire, du mari, l'exercice de ses droits déjà nés ou éventuels.

C'est une mesure préventive, destinée surtout à éviter un préjudice imminent : la jurisprudence la prononce quand le mari dissipe les revenus de sa femme en folles dépenses (1) ; quand ses créanciers les saisissent (2) ; quand la femme mariée sans apports attend une succession que gaspillerait le mari (3). La femme n'a cependant aucune créance à exercer, dans les deux premiers cas, parce que ses revenus sont à la disposition du mari commun, dans le troisième, parce qu'elle n'a rien apporté au moment du mariage : il suffit d'un péril éventuel pour que la séparation soit prononcée. Ce péril tient sans doute à la mauvaise administration du mari ; mais tant qu'elle ne s'est manifestée que sur les revenus dont il a

(1) Toulouse, 10 mai 1884, S., 84. 2. 184.

(2) Cass., 7 févr. 1894, D., 94. 1. 164.

(3) Trib. Genève, 5 mars 1889, S., 90. 4. 8.

la complète jouissance, la femme n'a aucune créance : A quel rang fixer l'hypothèque pour les frais de l'instance ?

Nous pensons que, dans cette hypothèse, évidemment exceptionnelle, le rang de l'hypothèque devrait être fixé au jour de la demande. Le système qui voit dans les frais de l'instance l'accessoire d'une créance se trouve ici en défaut. On peut dire que ces frais sont occasionnés par la demande ; c'est elle qui manifeste l'intention de la femme de faire cesser une situation qui menace de préjudicier à ses intérêts. Elle ne peut reprocher au mari d'avoir mal administré, puisqu'elle n'en a pas souffert.

Aubry et Rau (1) assimilent aux dépens de l'instance les frais de la liquidation. Mais ces frais ne sont pas une conséquence spéciale de la séparation de biens : elle les a seulement rendus nécessaires plus tôt, mais tout mode de dissolution de la communauté les aurait entraînés. Les époux paraissent donc devoir les supporter par moitié.

C) *Séparation de corps et divorce.* — On fait généralement remonter à la date du mariage l'hypothèque qui garantit les frais de ces instances. « En effet, ces dépens ont été faits pour obtenir un jugement qui sert de sanction au non accomplissement des divers obligations et devoirs dont le mari est tenu comme tel ; or ces obligations et devoirs, qui sont des effets du mariage,

1) Aubry et Rau, III, § 261 *ter*, p. 412, note 72 *bis*, *in fine*.

ont pris naissance à la date de la célébration du mariage (1) ».

Les motifs d'un jugement du tribunal de Nontron (2) font cependant, en cas de divorce, partir l'hypothèque du premier acte de l'instance. Le tribunal dit que la créance ne naît pas au moment du jugement, mais de la demande.

Cette décision a été critiquée par les auteurs mêmes pour lesquels l'hypothèque a pour date la manifestation de volonté qui donne naissance à la créance. En effet, si la demande en séparation de corps ou en divorce est, comme la demande en séparation de biens, un acte volontaire de la femme, ce n'est pas elle qui crée sa créance : elle n'est que la sanction d'une obligation préexistante du mari, qui, pour le cas de divorce et de séparation de corps, découle du mariage même.

« L'exécution de ces engagements, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, en tant qu'ils donnent naissance à une créance de somme d'argent, doit être garantie de la même manière que l'exécution des engagements qui résultent du contrat passé devant notaire. »

Cette solution est également justifiée dans les autres systèmes, qu'on rattache l'hypothèse au principe général de l'alinéa 1^{er} ou, par analogie, aux conventions matrimonia-

(1) Beudant, II, n° 737. Dans le même sens : Colmet de Santerre, IX-n° 105 bis-XVI; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 411 et 412, texte et note 79 *ter*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1494; Guillouard, II, n° 856; Hue, XIII, n° 269. Civ. Cass., 25 juin 1895, D. 97.1.553, note de M. Léon Michel; Amiens, 3 juillet 1895, S., 98.2.68.

(2) Rapporté avec l'arrêt de Bordeaux du 22 mars 1889, D., 89.2.280, qui l'a confirmé sans statuer sur le rang de l'hypothèque.

les, étendues aux obligations nées du mariage même par le moyen d'une stipulation présumée.

D) *Conversion de séparation de corps en divorce.* — Cette hypothèse, non prévue par les auteurs, pouvait soulever une difficulté avant la loi du 6 juin 1908, modificative de l'article 310 du Code civil. Les frais de la demande en conversion, d'après la jurisprudence, étaient toujours à la charge de celui des époux contre qui la séparation de corps avait été prononcée, même s'il était demandeur en conversion (1).

Elle admettait cependant que si l'époux innocent, après avoir perdu en première instance, faisait appel et succombait une seconde fois, une partie des frais d'appel pouvait être mis à sa charge (2).

Un arrêt de la Cour de cassation (3) avait même rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Angers du 24 mars 1899, qui avait condamné en tous les dépens de première instance et d'appel l'époux innocent défendeur en conversion, dans une espèce où son conjoint n'avait obtenu la conversion qu'en appel.

Quel devait être alors le rang de l'hypothèque de la femme supposée coupable pour la partie des frais incombant à son mari ? On ne peut plus voir dans ces frais l'accessoire de la sanction accordée contre l'inexécution

(1) Angers, 13 avril 1896, D., 96, 2, 439.

(2) Caen, 13 février 1885, D., 86, 2, 98.

(3) Cass., 24 juillet 1901, D., 1901, 1, 452.

par le mari de ses obligations, puisque c'est contre la femme que la séparation de corps avait été prononcée. La condamnation du mari repose ici sur l'idée qu'en interjetant un appel sur lequel il a succombé, il a commis une faute. Il semble donc que l'hypothèque de la femme ne devrait prendre rang qu'au jour de cette faute, c'est-à-dire du premier acte d'appel.

Dans l'espèce de la Cour de cassation, la condamnation du défendeur en conversion est l'application du principe que toute partie qui succombe supporte les dépens. Mais ici non plus, on ne peut voir dans l'instance engagée par la femme la sanction de l'inexécution par le mari de ses devoirs. L'hypothèque de la femme prendra rang au jour de la demande.

Nous n'insistons pas sur ces points, qui ne présentent qu'un intérêt rétrospectif. En édictant que, sur la demande d'un des époux, la conversion de la séparation de corps en divorce serait nécessairement prononcée, la loi du 6 juin 1908 a rendu inutile la résistance de l'époux défendeur en conversion et supprimé la possibilité de l'appel. La thèse de la Cour de cassation, déjà douteuse avant 1908, l'est encore aujourd'hui : l'époux défendeur ne commet aucune faute, puisqu'il ne peut acquiescer à la demande et qu'une action en justice est nécessaire.

La jurisprudence de principe qui met les frais à la charge de l'époux coupable est donc applicable sans exception, la conversion n'étant qu'une sanction définitive des obligations du mariage qui succède à une sanction provisoire.

La femme qui a obtenu la séparation de corps aura seule le droit de recouvrer ses frais sur le mari et son hypothèque prendra, par identité de motif, le même rang que celle des frais de la séparation de corps.

E) Une autre hypothèse peut se rattacher à celles de la séparation de corps et du divorce. On sait que des arrêts ont reconnu à chaque conjoint le droit de demander à l'autre des dommages-intérêts pour inexécution des obligations nées du mariage. La réparation pécuniaire à laquelle le mari pourrait être ainsi condamné envers sa femme constitue évidemment au profit de celle-ci une créance de femme mariée garantie par l'hypothèque légale. Et, puisqu'elle est la sanction de devoirs nés du mariage, cette hypothèque remonte au jour de la célébration du mariage.

§ 3. — Pension alimentaire

L'existence même d'une hypothèque légale garantissant cette créance est contestée par des auteurs et des arrêts (1). Nous n'avons pas à discuter ici cette question. A supposer l'hypothèque accordée à la femme, à quelle date convient-il de la faire remonter ?

Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence, presque unanimement, la colloquent à la date de la célébration

1) V. les autorités cités dans les deux sens par Aubry et Rau, III, § 264 *1er*, p. 371, note 8 *bis*, qui, dans leur 5^e édition, admettent l'hypothèque après l'avoir jusqu'alors refusée.

du mariage (1), quelles que soient leurs divergences de principe sur l'interprétation de l'article 2135.

Si l'alinéa 1^{er} pose la règle générale à laquelle font seuls exception² les alinéas suivants, l'hypothèque qui garantit l'obligation alimentaire, ne se rattachant à aucune de ces exceptions, date du mariage.

L'hypothèque a-t-elle pour date celle où naît la créance ? Même solution : c'est au jour du mariage que le mari s'est engagé à fournir à la femme tout ce qui lui est nécessaire ; or, les obligations nées devant l'officier de l'état-civil doivent être garanties comme celles qui sont nées devant notaire.

Quelques décisions judiciaires n'ont cependant accordé à la femme l'hypothèque qu'à la date du jugement prononçant en sa faveur la séparation de corps et lui attribuant une pension alimentaire (2).

Le jugement du tribunal de Lyon qui, rejetant l'existence même de l'hypothèque, n'examinait que subsidiairement son rang, s'en expliquait ainsi :

« Attendu que si l'obligation alimentaire contractée par le mari envers sa femme prend naissance au jour du

1) Colmet de Santerre, IX, n° 105 bis-XVI ; Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 412, note 79 *quater* ; Guillouard, II, n° 858 ; Iluc, XIII, n° 269 ; Beudant, II, n° 737 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1495 ; Montpellier, 15 nov. 1889, D., 90. 2. 171 ; Dijon, 16 juin 1893, D., 94. 2. 25 et 4 juin 1894, D., 94. 2. 334 ; Cass. civ., 23 juin 1895, D., 97. 1. 553 (note de M. Léon Michel) ; Amiens, 9 juill. 1896, S., 93. 2. 68 ; Trib. Soissons, 19 juin 1901, D., O. 2. 2. 352 ; Bordeaux, 16 mars 1909, D., 1910. 2. 192.

(1) Trib. Seine, 28 novembre 1891, J. Gén., Suppl. V° *Privileges et Hypothèques*, n° 499 ; S., 95.2.25. — Trib. Marseille, 23 juillet 1897, *Gaz. Trib.*, 10 oct. 1897 ; Trib. Lyon, 8 mai 1901, D., 02.2.351.

mariage, obligation qu'une condamnation judiciaire, comme dans l'espèce, ne ferait que sanctionner, il ne saurait s'ensuivre nécessairement que l'hypothèque garantissant cette même créance doive prendre rang à la même date ; que, pour attribuer à des principes indiscutables des conséquences d'une logique séduisante, sans nul doute, mais spécieuse, il faut volontairement méconnaître qu'en fait l'obligation alimentaire imposée au mari doit être présumée légalement avoir été remplie par ce dernier, tant que le lien conjugal n'est ni affaibli ni dissous. »

Le tribunal insiste ensuite sur les dangers résultant, pour la sécurité des transactions, d'une hypothèque rétroactive et termine par cet argument inattendu « qu'il est juste d'appliquer par analogie à cette créance les dispositions de l'article 2135 visant le point de départ de l'hypothèque légale de la femme pour les successions et donations à elle advenues depuis le mariage et le fixant au jour où elle les recueille ou au jour où elles lui sont faites. »

Le tribunal ne prétend donc pas que l'obligation alimentaire prenne naissance par la demande de la femme ou le jugement de séparation de corps. Les observations présentées plus haut, à propos des frais d'instances, suffiraient d'ailleurs à faire justice de cet argument. L'obligation alimentaire date du mariage. Tant que les époux vivent ensemble, elle s'exécute en nature ; le jour où cesse cette existence commune, un règlement

nouveau devient nécessaire. Le jugement de condamnation transforme en une somme d'argent, dont il fixe le montant, l'obligation de secours et assistance qui dérive du mariage ; celle-ci ne naît pas à ce moment, son exécution seule est modifiée.

Le tribunal refuse de déduire la conséquence, « d'une logique séduisante », de ce principe, sous le prétexte que l'obligation alimentaire serait une sorte d'obligation successive, exécutée par le mari, tant que le lien conjugal n'est pas relâché.

Qu'importe cette observation ? Fût-elle fondée, elle ne ferait que renforcer la distinction que nous venons de présenter entre la naissance de l'obligation et son exécution. Ce n'est pas le mode ni la date d'exécution qu'il faut considérer, mais la date où naît l'obligation. Dire que le mari s'en acquitte au jour le jour n'est pas dire que sa dette commence à exister et se renouvelle tous les jours : le tribunal lui-même a commencé par rejeter cette formule.

Si l'objection était fondée, elle devrait s'appliquer aussi aux frais d'instance en séparation de corps ou en divorce. Tous les devoirs du mari étant, comme son devoir d'assistance, présumés exécutés au jour le jour, c'est au moment seulement où il commence à les violer que devrait remonter l'hypothèque pour les frais de la séparation de corps ou du divorce, sanctions de l'inexécution de ces devoirs.

Le mari a pris des engagements le jour même du mariage ; peu importe l'époque où il cesse de les tenir,

l'époque où leur mode d'exécution doit changer ; la femme est créancière du jour du mariage, et l'hypothèque s'attache dès cette date à sa créance.

L'argument d'analogie tiré des successions n'a pas été développé par le tribunal. Nous ne voyons pas bien le point de ressemblance entre des biens recueillis par la femme sans droit préexistant à l'ouverture de la succession et des aliments qu'elle pouvait exiger de son mari dès le jour du mariage, s'il se refusait à lui fournir le nécessaire.

Les juges de Lyon invoquaient enfin l'intérêt des tiers, lésés par une hypothèque sur laquelle ils n'ont pu compter. On a fort justement répondu que l'inconvénient est inhérent aux hypothèques légales dispensées d'inscription. Si le mari commet une faute d'administration, la femme est garantie contre ses conséquences par une hypothèque remontant au jour du mariage : les créanciers du mari n'avaient pourtant aucun moyen de prévoir cette cause de responsabilité ni d'en évaluer l'étendue. L'argument peut servir à combattre la clandestinité des hypothèques ; il ne suffit pas à repousser une solution commandée par la logique dans l'état des textes et de la pensée du législateur.

L'opinion générale fait remonter au jour du mariage l'hypothèque de la femme pour sa pension alimentaire, sans distinguer entre le cas de séparation de corps et celui de divorce. On voit dans les deux hypothèses une créance née du mariage et indépendante de toute mani-

festation ultérieure de la volonté de la femme.

Nous croyons cette solution exacte, quelque parti qu'on adopte sur le fondement de la pension alimentaire accordé par le jugement de séparation de corps ou de divorce.

Si même il faut voir dans cette pension (et dans le cas de divorce cette opinion, d'ailleurs dominante, paraît seule admissible), l'application du principe de l'article 1382, plutôt qu'une forme nouvelle de l'obligation d'assistance de l'article 212, on peut dire que le préjudice dont elle a pour but d'indemniser l'époux qui l'obtient est la conséquence de la violation par l'autre des obligations de mariage. Ce n'est pas au jour où la demande en divorce a fait perdre à l'époux innocent une partie des revenus de l'association conjugale qu'il faut fixer le rang de l'hypothèque. S'il dépendait de lui, en continuant la vie commune, de garder la jouissance de ces revenus, la faculté que lui accorde la loi de demander le divorce ne peut avoir pour résultat un préjudice pour lui. Contre ce préjudice, résultant de la violation des devoirs conjugaux par son conjoint, il doit être garanti comme contre les frais de l'instance, qui ont la même cause, par une hypothèque au jour du mariage.

Les motifs donnés pour faire remonter à la date du mariage l'hypothèque qui garantit la pension alimentaire nous conduisent à adopter la même solution sans distinction de l'époque où le mari sera condamné : peu importe que la femme obtienne la pension par une dé-

cision postérieure au jugement de séparation de corps ou de divorce, ou au cours du mariage, à la suite d'une séparation de fait, par exemple.

Nous l'étendons également à la pension que la femme peut réclamer à la succession de son mari, en vertu de l'article 205, modifié par la loi du 9 mars 1891, s'il faut, avec Aubry et Rau (1), lui accorder la garantie de l'hypothèque légale : elle est, en effet, la continuation posthume du droit consacré par l'article 212.

Enfin, un jugement du tribunal de la Seine, reconnaissant à la mère le droit de contraindre son mari à pourvoir à l'entretien des enfants communs, a attribué à cette créance de femme mariée une hypothèque à la date du mariage. C'est à cette époque, dit-il, que le mari « contracte l'obligation de fournir aux enfants qui pourront naître par la suite tout ce qui est nécessaire à leurs besoins pendant la durée du mariage » (2).

En tout cas, si l'on n'admet pas que l'obligation établie par l'article 203 existe entre les époux (3), il faudrait accorder à la femme qui a payé la part de l'obligation du mari envers ses enfants, le recours donné à toute personne qui acquitte spontanément la dette d'autrui, avec hypothèque légale, suivant les principes posés plus haut, au jour de ce paiement.

(1) Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, p. 372, note 8 *bis*, *in fine*.

(2) Trib. Seine, 1^{er} mars 1904, D., 08. 2. 129, note de M. de Loynes : Cf. Nancy, 15 avril 1899, D., 1900. 2. 193, note de M. de Loynes.

(3) Un arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1904, D., 08. 2. 209, a tiré argument, en faveur de l'action directe de chaque conjoint contre l'autre, du droit de saisie-arrêt accordé par l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 sur les revenus du conjoint dans l'intérêt du ménage.

CHAPITRE III

La pluralité, établie par le Code civil, des rangs de l'hypothèque légale de la femme mariée soulève une difficulté à laquelle nous avons déjà fait allusion et dont un exemple se trouve dans une espèce jugée par la Cour de Dijon (1).

Une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts était créancière de la restitution de sa dot ; conjointement avec son mari, elle dote un enfant commun, et c'est la communauté qui paie ; puis le mari emprunte de l'argent et consent une hypothèque au prêteur ; enfin la femme recueille une succession.

Au moment de la liquidation de la communauté, il s'établit une balance entre les récompenses dont la femme est créancière et celles dont elle est débitrice envers la communauté. Le solde seul, s'il la constitue créancière, est garanti par l'hypothèque légale. Mais à quel rang ? Le créancier du mari passe-t-il avant la femme ou est-il primé par elle ?

(1) Dijon, 18 novembre 1899, S., 99, 2, 121, note de M. A. Tissier.

Le tribunal de Dijon, dont le jugement a été confirmé en appel, décide en faveur du prêteur. La créance de la femme à raison de sa dot s'était éteinte avant le prêt, par suite de la constitution de dot au profit de l'enfant : le paiement effectué par la communauté au nom de la femme pour moitié avait absorbé sa dot ; elle ne pouvait, d'autre part, se faire colloquer avant le prêteur pour les sommes recueillies par elle dans une succession postérieurement échue. Le jugement et l'arrêt s'appuient sur l'article 1256 du Code civil, dont ils affirment la portée générale, et d'après lequel les paiements faits par le débiteur de plusieurs dettes s'imputent sur la plus ancienne, à défaut de convention contraire. D'autre part, l'arrêt paraît faire allusion à une compensation entre la créance de la femme à raison de sa dot et sa dette vis-à-vis de la communauté à raison de la dot constituée à l'enfant commun, compensation qui aurait éteint sa créance et l'hypothèque légale qui la garantissait.

M. Tissier, dans sa note sous cet arrêt, a montré la fragilité de cette argumentation. Il n'y a pas eu de paiement « fait par le mari pour le compte de sa femme en vue de se libérer de sa dette de restitution de la dot » : la femme est devenue débitrice, mais n'a pas été désaisie de ses apports ; la dot ne peut, du reste, lui être remboursée pendant la durée de la communauté.

En admettant même l'existence et la validité d'un paiement, l'article 1256 est inapplicable. Il suppose

qu'au moment du paiement, il y avait plusieurs dettes. Quand le mari « chef de la communauté a avancé les fonds de la dot constituée à l'enfant commun, il n'était débiteur que d'une seule dette », celle de la restitution de la dot de sa femme.

Quant à la compensation, elle n'a pu s'opérer pendant le mariage : les dettes réciproques n'étaient pas exigibles, « puisque les reprises et récompenses ne sont dues qu'à la dissolution de la communauté, et que la dot reçue par le mari ne peut être aussi restituée qu'à cette date. » D'après la jurisprudence, les reprises de la femme et les récompenses qu'elle doit ne sont pas « des dettes distinctes, indépendantes, soumises aux règles de la compensation, ... il n'y a là, au contraire, que les éléments d'un compte unique et indivisible, dont le reliquat final est seul à considérer pour régler la situation des parties. » (1)

Il ne s'agit donc pas, dit M. Tissier, d'imputer un paiement ni d'opérer une compensation, mais « de rechercher le rang de l'hypothèque légale qui garantit, au profit de la femme, le solde du compte des reprises et des récompenses ; il faut concilier la règle de l'article 2135 C. civ., d'après lequel l'hypothèque prend rang à des dates différentes, avec cette autre règle d'après laquelle il y a unité de la créance des reprises, déduction faite des récompenses, compte unique et indivisi-

(1) V. les autorités citées par M. Tissier, *loc. cit.* Cf. *supra*, p. 38, n° 1.

ble dont le solde seul détermine la créance de la femme. »

M. Tissier envisage trois solutions possibles : « imputer les récompenses sur les reprises les plus anciennes, les imputer sur les reprises les plus récentes, ou faire une imputation proportionnelle. »

En faveur de la première solution, celle de la Cour de Dijon, on ne peut invoquer qu'un argument, assez faible, d'analogie avec la matière de la compensation. Mais il est détruit par une grave objection. L'article 1256 est un texte interprétatif de volonté : « Le débiteur doit être présumé avoir plus d'intérêt à acquitter la dette la plus ancienne pour laquelle le créancier est vraisemblablement moins disposé à attendre. Cette considération ne se rencontre évidemment pas dans notre hypothèse. »

Or « on ne peut admettre une imputation défavorable au créancier quand elle est indifférente au débiteur, qu'elle ne fait que profiter au tiers qui avait connu l'hypothèque légale de la femme, et aurait pu ne consentir à traiter qu'en s'y faisant subroger. »

M. Tissier penche vers la seconde opinion. L'intérêt de la femme, que le Code a voulu protéger par l'hypothèque légale, doit passer avant celui des créanciers du mari ; c'est seulement dans le cas où une fraude contre eux est à redouter, qu'il a renoncé au rang unique précédemment accordé à l'hypothèque de la femme.

Tout au moins, l'imputation devrait être faite proportionnellement sur les diverses créances de la femme.

On a fait remarquer (1) que ces deux dernières solutions soulèvent la même objection que la première. « La créance de la femme est une et on raisonne comme si la femme avait plusieurs créances distinctes et indépendantes. » On parle d'imputation des récompenses sur telle ou telle créance, plus ancienne ou plus récente, alors que la créance est une et se calcule à la dissolution du mariage.

Ces auteurs proposent de donner à cette créance l'hypothèque aux diverses dates fixées par l'article 2135, par analogie avec l'hypothèque du constructeur sur la plus-value. « Les paiements partiels faits par le propriétaire laissent subsister le privilège dans son intégrité. De même, les récompenses dont la femme devient débitrice durant la communauté laissent subsister l'hypothèque légale dans son intégrité à la date de la célébration du mariage. » Cette opinion nous paraît très acceptable : l'intérêt de la femme est sauvegardé. A l'égard des tiers, les créances de la femme sont distinctes d'après leur date, puisque l'hypothèque qui les garantit, suivant l'ancienneté de cette date, leur est ou non opposable. L'unité du compte n'intéresse que les époux et la communauté. L'existence de récompenses dues par la femme à la communauté, et la balance à faire avec ses créances, doit être sans influence sur les tiers, créanciers hypothécaires ou acquéreurs du chef du mari : n'é-

(1, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1497-1.

tant pas ses ayants cause universels, à quel titre en ressentiraient-ils les effets ?

Il ne s'agit pas d'écarter, avec M. Tissier, l'imputation sur la créance la plus ancienne, sous le prétexte que l'imputation des paiements n'est pas faite pour favoriser seulement les tiers et que l'intérêt de la femme passe avant celui des créanciers du mari : il faut écarter, à leur égard, les effets de la dette de la femme.

Or dans l'opinion que nous adoptons, les tiers ne profitent pas de la circonstance que la femme est débitrice de la communauté ; ils n'en souffrent pas non plus ; la situation est la même, à leur égard, que si cette dette, dont les effets doivent leur rester étrangers, n'existait pas.

DEUXIÈME PARTIE

DU RANG DE L'HYPOTHÈQUE SOUMISE A L'INSCRIPTION

Nous étudierons, dans trois chapitres, état de la question avant la loi du 23 mars 1855, les cas d'application et la sanction de son article 8.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

La clandestinité des hypothèques accordées par la loi aux incapables trouve sa justification dans l'impossibilité, résultant pour ces créanciers de leur état d'incapacité ou de dépendance, de conserver par une formalité leur garantie. La logique aurait dû conduire à limiter à la durée de cet état la dispense d'inscription et, par voie de conséquence, à rétablir, après sa cessation, le principe général sur le rang des hypothèques.

L'édit de mars 1673, rédigé sous l'inspiration de Colbert, qui établissait un système d'oppositions constituant une publicité des hypothèques, maintenait l'occultanité

au profit des mineurs et des femmes mariées. Ses rédacteurs comprirent cependant que la dispense d'opposition ne devait pas être perpétuelle. D'après ses articles 60 à 64, le mineur est tenu de faire enregistrer son opposition dans l'année de sa majorité, la femme séparée de biens, dans les quatre mois du jugement, la veuve, dans l'année du décès de son mari : faute de quoi, leur hypothèque ne prend rang, suivant le droit commun, qu'au jour de l'opposition.

Les heureuses innovations de cet édit furent, sous la violence des attaques des seigneurs, dont elles atteignaient le crédit en levant le voile de leur situation pécuniaire, rapportées peu après par un édit d'avril 1674.

La loi du 11 brumaire an VII organisait la publicité absolue, à laquelle était soumise même l'hypothèque de la femme mariée. (art. 4.) L'article 23 accordait cependant à certaines hypothèques non pas une dispense d'inscription, mais une dispense de renouvellement d'inscription : « L'effet des inscriptions subsistera, savoir : sur les comptables dénommés en l'article 21 (parmi lesquels les tuteurs et les curateurs)... jusqu'à l'apurement définitif du compte et six mois au-delà, et, sur les époux, pour tous leurs droits et conventions de mariage, soit déterminés, soit éventuels, pendant tout le temps du mariage et une année après. »

Mais après ce délai, la dispense de renouvellement, fondée sur l'incapacité, cesse avec elle.

Le Code civil, en rétablissant la clandestinité au profit des incapables, en avait fait un principe absolu : l'article 2135, ne comportait aucune limitation de durée analogue à celle dont parlait l'édit de 1673.

Quelques décisions judiciaires (1) avaient cependant cherché à interpréter le silence même de ce texte dans le sens de la logique : le Code avait bien pu dispenser des incapables de conserver leur droit ; quand cette incapacité cesse, il n'y a pas de raison de ne pas revenir au droit commun. L'article 2135 n'ayant fixé aucun délai d'inscription, ces arrêts appliquaient ceux de l'article 2154 : la femme, le mineur devaient s'inscrire dans les dix cas de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle.

Mais cette opinion, qui appliquerait en matière d'inscription un texte relatif aux renouvellements, par analogie avec le système que consacrait à l'article 23 de la loi de brumaire, établissait arbitrairement une dérogation à la clandestinité qui n'était écrite dans aucun texte du Code. « Dès qu'on admettait que le droit résultant de l'hypothèque résidait, ne fût-ce qu'un instant, dans son intégralité sur la tête de la femme devenue veuve, du mineur devenu majeur, de l'interdit relevé de l'interdiction (et ceci on était bien forcé de l'admettre, puisque autrement le droit eût été complètement illusoire), il fallait bien reconnaître aussi que ce droit ne pouvait être anéanti ou modifié que par une disposition

(1) Nîmes, 28 mars 1806 ; Agen, 8 mai 1810 S. 1811. 2. 167.

expresse de la loi. Or cette disposition, quelque juste, quelque conforme qu'elle fût au principe de la publicité, ne se trouvait pas cependant dans le Code (1).

Trois avis du Conseil d'Etat interprétèrent le Code dans le sens du maintien de la dispense d'inscription après la cessation de l'incapacité.

Le premier du 13 décembre 1807, inséré au Bulletin des Lois le 22 janvier 1808, écartait l'analogie entre l'article 2154 du Code et l'article 23 de la loi de brumaire : le Code n'avait à accorder aucune dispense de renouvellement aux incapables, dispensés même d'inscription.

D'après celui du 9 mai 1807, approuvé le 1^{er} juin, la signification imposée à l'acquéreur par l'article 2194 est remplacée par une publication dans les journaux, quand il ne connaît pas la femme « ou ceux qui la représentent ». L'hypothèque reste donc occulte même au profit de ceux qui représentent la femme, c'est-à-dire même après la dissolution du mariage.

C'est ce que décide encore plus nettement et en termes généraux l'avis du 3 mai 1812, approuvé le 8 : « Le mode de purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs établi tant par le Code Napoléon que par le précédent avis est applicable aux femmes veuves et aux mineurs devenus majeurs, ainsi qu'à leurs héritiers ou autres représentants ; et il n'y a pas nécessité de

(1) Pont, II, n° 805.

fixer un délai particulier aux femmes après la mort de leurs maris, et aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentants pour prendre inscription. »

Cette opinion fut adoptée par des Cours d'appel (1).

Seule admissible en présence des termes absolus de l'article 2135, elle revenait à considérer la dispense d'inscription non pas comme une prérogative attachée à la qualité du créancier, mais comme un droit inhérent à la nature de la créance. Or l'hypothèque légale se distingue du privilège en ce qu'elle est accordée à la qualité du créancier, non de la créance. La dispense d'inscription, complément de l'hypothèque légale, est donc motivée par la qualité du créancier et doit cesser avec elle, c'est-à-dire avec l'incapacité (2).

Le système absolu du Code n'avait pas seulement la logique contre lui. Il sacrifiait injustement les tiers. On peut, à la rigueur, prétendre que la notoriété fait connaître l'existence d'un mariage ou d'une tutelle ; ceux qui traitent avec le mari savent les dangers qu'ils courent. Mais comment deviner qu'une personne a été, dans le passé, tutrice ou mariée ? Confiants en sa situation actuelle, des créanciers vont accepter des hypothèques, des acquéreurs vont acheter ses immeubles, et ils auront la surprise de se voir primés par son ancien pupille, par les héritiers de sa femme, pour un compte de

(1) Turin, 10 janv. 1812. S., 12. 2. 448 ; Nîmes, 5 mai 1812. S., 12. 2. 449. Cf. Tarrible, Rép. Merlin, V^o *Inscription hypothécaire*, § 3, n^o 5.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^o 1499.

tutelle ou des reprises peut-être très longs à liquider. Et le même danger menace ceux qui traiteront avec les successeurs de l'ancien tuteur ou de l'ancien mari ;

Il était bien facile pourtant de le prévenir : la femme, l'ancien pupille ne sont plus incapables ; leurs héritiers ne l'ont jamais été. Qu'on les oblige à faire connaître leurs hypothèques par la publicité. La seule raison de la clandestinité n'existe plus, et les tiers ne doivent pas, dans un but de protection exagérée d'anciens incapables maintenant habiles à sauvegarder leurs droits, voir leurs intérêts menacés par une situation qu'ils n'ont pu deviner.

Le projet de réforme hypothécaire, discuté à l'Assemblée législative en 1851, avait tenu compte de ces critiques. La dispense d'inscription était maintenue au profit des femmes et des incapables ; mais l'article 2131, admis en seconde délibération, portait que « faute par les ayants droit ou leurs représentants d'avoir pris inscription dans l'année qui suivra la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, les hypothèques légales énoncées dans l'article précédent ne produiront d'effet qu'à la date des inscriptions ultérieurement prises. »

Les événements ayant empêché la continuation de la discussion, on profita du vote de la loi sur la transcription pour y incorporer un texte presque semblable, qui devient l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 :

« Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants

cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. »

Ce texte, qui procède par énumération de différentes hypothèses, soulève des difficultés d'interprétation qu'auraient peut-être évitées les termes plus généraux employés par le projet de 1851. Il ne paraît même pas pouvoir être éclairé par les travaux préparatoires : il n'y a pas concordance parfaite entre l'article 8 et les motifs de la réforme indiqués dans l'exposé des motifs, qui s'exprimait ainsi :

« Cette grande faveur (la dispense d'inscription) sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être ; tant que la femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien, tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription si elle était nécessaire, la loi supplée, par une protection peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune. »

En ce qui concerne la femme, l'état de dépendance ne doit pas être confondu avec l'incapacité d'action : même au cours du mariage, la femme, séparée de biens ou commerçante possède, dans certaines limites, la capa-

cité d'action, sans avoir l'indépendance, qui ne lui appartient jamais pendant l'union conjugale, sauf, depuis 1893, le cas de séparation de corps.

Pour ceux qui voient la justification de la dispense de publicité accordée aux incapables « dans l'impossibilité morale dans laquelle ils se trouvent de prendre inscription pour la conservation des sûretés à eux accordées par la loi » (1), cette dispense doit avoir la même durée que cette impossibilité, c'est-à-dire que l'état de dépendance.

Ce motif sert à interpréter l'article 8.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1501.

CHAPITRE II

ÉVÈNEMENTS QUI FONT CESSER LA DISPENSE D'INSCRIPTION

L'article 8 ne prévoit que l'hypothèse de la dissolution du mariage par le prédécès du mari : il parle de la femme devenue veuve. On doit cependant, par identité de motif, l'étendre au prédécès de la femme.

Quelques décisions judiciaires (2) avaient rejeté cette interprétation. La dispense de publicité, disaient-elles, est un des caractères distinctifs des hypothèques légales ; l'article 8 de la loi de 1855, établissant des dérogations à ce principe établi par le Code civil sans limitation de durée, doit être interprété strictement et, puisqu'il ne parle que de la veuve et de ses héritiers, on ne peut pas l'appliquer aux héritiers de la femme prédécédée (1).

(1) Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 133 ; Agen, 6 dec. 1864, D., 65. 2. 27 ; Trib. du Puy, 12 janv. 1865, D., 65. 3. 13 ; Cour de la Martinique, 23 juill. 1866, D., 66. 2. 173.

Mais l'opinion contraire a triomphé en doctrine et en jurisprudence.

Sans s'appuyer sur le mot héritiers qui se trouve dans le texte, et qui, grammaticalement, ne se rapporte qu'aux héritiers de la veuve, on peut invoquer un argument d'analogie. Si la femme survivante est tenue de faire inscrire son hypothèque, c'est que l'impossibilité morale tenant à son état de dépendance dans le mariage a disparu. Ses héritiers n'ont jamais été dans cette situation dépendante ; ils ne sont pas incapables. Il n'y a pas de motifs de leur accorder une faveur dont ne jouirait plus la femme (1).

Un arrêt de la Cour de Bordeaux (2) a appliqué cette solution avec une rigueur particulière. La femme avait institué des légataires par un testament qui fut annulé par jugement plus d'un an après son décès. La Cour décide que ses héritiers naturels sont déchus du rang privilégié de l'hypothèque légale pour ne pas l'avoir fait inscrire dans l'année du décès, sans pouvoir opposer que le testament leur avait enlevé la qualité d'héritiers ; ils devaient d'autant plus sauvegarder leurs droits par l'inscription qu'ils attaquaient le testament moins d'un an après le décès.

(1) Troplong, *De la transcription*, n° 311 ; Pont, II, n° 809 ; Colmet de Santerre, IX, 107 bis-II ; Thézard, n° 229 ; Guillaouard, III, n° 1228 ; Beudant, II, n° 748 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 512-513 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1513 ; Planiol, II, n° 3001. Grenoble, 22 avril 1858, S., 59, 2. 70 ; Rouen, 17 juin 1869, D., 72, 2. 215 ; Req., 2 juill. 1877, D., 78, 1. 408 ; Trib. Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94, 2. 577, note de M. de Loynes.

2) Bordeaux, 12 mars 1860, D., 61, 2. 67.

Le principe de l'extension de l'article 8 aux héritiers de la femme prédécédée n'est plus discuté. Ne doit-on pas cependant l'écarter quand ils sont mineurs ? La question, qui peut se poser pour les héritiers de la veuve décédée moins d'un an après la mort de son mari, par exemple, ses enfants d'un premier lit, qui ne sont pas en même temps héritiers du mari, est surtout intéressante au cas de prédécès de la femme, pour ses enfants placés sous la tutelle du mari survivant.

On est, en effet, généralement d'accord (1) pour appliquer l'article 8 quand l'héritier mineur de la femme a pour tuteur un parent autre que le père : ce représentant n'a aucun intérêt à ne pas faire inscrire une hypothèque qui ne grève pas ses propres immeubles. Le délai de l'article 8 est un délai préfix, dont l'expiration emporte, non pas une véritable prescription, mais une déchéance, à laquelle ne s'applique pas l'article 2252.

Mais les intérêts des enfants peuvent être menacés, lorsqu'ils ont pour tuteur leur père. Plus soucieux de ses intérêts personnels que des leurs, il s'abstiendra de faire inscrire l'hypothèque qu'ils ont du chef de leur mère. Laissés à sa merci, ses enfants ne seront plus garantis que par leur propre hypothèque, inférieure par le rang et peut-être par le nombre ou la valeur des immeubles grevés.

1) Pont, II, n° 809 ; Guillouard, III, n° 1232 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 513, texte et note 18 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1506 ; Angers, 19 janvier 1892, D., 92, 2, 212

Cette garantie peut même leur faire défaut. Dans une espèce jugée par le tribunal de Chartres (1), des enfants mineurs, issus du second mariage du père, avaient succédé à leur sœur du premier lit, héritière elle-même de sa mère. Les enfants du second mariage, à défaut d'inscription de l'hypothèque légale qu'ils tenaient du chef de la première femme, n'avaient même pas la ressource d'invoquer contre leur père, administrateur légal, l'hypothèque du pupille. Aussi le tribunal, sans doute influencé (son jugement, motivé en fait, le prouve) par la situation particulièrement intéressante, a-t-il décidé en faveur de la dispense d'inscription. Ses motifs paraissent même implicitement favorables au maintien de la clandestinité dans tous les cas de minorité des héritiers.

Nous croyons cependant devoir appliquer l'article 8 à tous les héritiers, sans exception.

L'opinion contraire objecte (1) : cet article, qui déroge au principe général de l'article 2135, doit être interprété restrictivement. Or il ne parle pas de la femme prédécédée. Nous repoussons les prémisses de ce raisonnement et montrerons que ce texte consacre un retour au droit commun. L'argument prouverait d'ailleurs trop, car il conduirait à écarter l'article 8 pour les héritiers même majeurs de la femme prédécédée, ce que Pont lui-même n'admet pas.

1) Trib. Chartres, 3 juin 1892, sous Paris, 22 nov. 1894. D., 97, 2, 169, note de M. Boistel.

(2) Pont, II, 809, 3^e édit., où la question est discutée avec plus d'ampleur que dans l'édition précédente.

Du moment qu'on l'applique au prédécès de la femme, il faut le faire sans une distinction qui ne trouve dans le texte aucun appui.

Mais, ajoute Pont, la distinction se fonde du moins sur les motifs de la réforme indiqués dans les travaux préparatoires ; il y a ici « un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription si elle était nécessaire. » C'est confondre l'hypothèque du pupille et l'hypothèque de la femme mariée. La phrase citée n'a été écrite que pour expliquer la dispense d'inscription accordée au mineur pour son hypothèque. Dans notre hypothèse, ce n'est pas comme tuteur que le père est disposé à se défendre, puisque son intérêt serait le même s'il n'était pas tuteur, mais comme ancien mari.

Notre opinion est plus conforme à l'esprit de la loi de 1855. Le législateur a voulu limiter la dispense d'inscription au temps de la dépendance. Celle-ci découlait du mariage. Lorsqu'elle cesse, la femme même est tenue de faire publier son hypothèque ; ses héritiers ne peuvent avoir plus de droits qu'elle, puisqu'ils n'ont jamais pu invoquer la dispense d'inscription fondée sur la qualité de femme mariée.

Sont-ils eux-mêmes incapables, soumis à l'autorité d'un tuteur ? Celui-ci devra, comme administrateur, conserver leur droit en prenant inscription. Mais s'il ne le fait pas, sa négligence entraînera la perte du rang hypothécaire qui leur appartient du chef de leur mère. Cette solution est conforme aux principes généraux.

« Il est, en effet, de règle, disent Aubry et-Rau (1), que le mineur n'est pas admis à se faire relever des déchéances qu'il encourt, au regard des tiers, par la négligence de son tuteur, encore que ce dernier eût dû accomplir contre lui-même la formalité dont l'omission a emporté déchéance. » Le seul recours dont le mineur jouisse en pareil cas est un recours contre son tuteur, garanti par une hypothèque légale, mais différente par son fondement, par son rang : c'est à elle seule que s'attache à leur profit la dispense d'inscription. « Prétendre, dans ce cas, que le mineur ne devra s'inscrire que dans l'année de la cessation de sa minorité, ce serait transporter dans le système qui règle le sort de l'hypothèque légale de la femme des dispositions qui ne sont applicables qu'à l'hypothèque légale du mineur. » (2)

Si l'opinion soutenue par Pont était exacte, pourquoi ne pas appliquer la dispense d'inscription à tous les héritiers mineurs, quel que soit leur tuteur ? L'argument tiré des travaux préparatoires serait d'une portée absolue : les laissera-t-on sans défense contre une négligence qui, pour n'être pas intéressée, n'en est pas moins possible ?

Enfin la loi de 1855, en revenant au principe de la publicité, a eu pour but de limiter la protection exorbitante accordée aux incapables : elle a été faite dans l'in-

(1) Aubry et Rau, III, § 269, p. 514, note 19.

(2) Cass. civ., 2 mai 1866, D., 66, I, 241 et dissertation conforme de Mourlon.

l'érêt des tiers. « Le but de l'article 8, a-t-on dit fort justement (1), exclut toute distinction. Il veut que les tiers, un an après la dissolution du mariage, soient assurés que l'hypothèque légale de la femme ne leur sera plus opposable si elle n'a pas été inscrite. » Quelle sécurité donnerait aux transactions la publicité, s'ils restaient exposés à se voir primés par des héritiers, ignorés d'eux, au profit de qui subsisterait, pendant peut-être vingt ans encore, la clandestinité ? (2)

Pour expliquer l'application de l'article 8 au cas de prédécès de la femme, un auteur (3) a dit qu'elle ne consacrait pas une véritable extension de l'article 8, mais l'interprétation d'un texte qui renferme une inadvertance de rédaction,

Mais, a-t-on répondu (4), cette argumentation suffisante pour cette hypothèse ne le serait pas pour celle de divorce, que les auteurs de la loi de 1855 n'ont même pu prévoir.

(1) Beudant, II, n° 748.

(2) La doctrine et la jurisprudence décident généralement aujourd'hui dans le sens de l'application absolue de l'article 8 : Thézard, n° 230 ; Colmet de Santerre, IX n° 107 bis-II ; Guillouard, III, n° 1233 et 1234 ; Beudant, II, n° 748 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 514, texte et note 19 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1514 ; Cass. civ., 2 mai 1866, D., 66. 1. 241 et la note de Mourlon ; Cass. civ., 22 août 1876, D., 78. 1. 212 ; Aix, 9 janv. 1875, D., 76. 2. 178 ; Trib. de Gray, 4 déc. 1877, D., 78. 3. 24 ; Angers, 19 janv. 1892, D., 92. 2. 212.

En sens contraire : Troplong, *De la transcription*, II, n° 251 ; Pont, II, n° 809 ; Riom, 3 août 1863, D., 6. 3. 2. 133 ; Trib. Chartres, précité.

3) Colmet de Santerre, IX, n° 107 bis-II.

4) De Loynes, note D., 94. 2. 577.

On peut cependant admettre cette extension. Le Code civil a établi le principe général de la publicité des hypothèques. L'article 2135 n'est pas un second principe applicable aux hypothèques légales : certaines d'entre elles sont soumises à l'inscription. Il constitue une mesure de faveur pour certains créanciers. C'est donc lui qui est l'exception, et en la limitant, l'article 8 de la loi de 1855 ne fait que revenir au droit commun : il peut-être entendu largement (1).

Pour l'étendre à des hypothèses qu'il n'a pas mentionnées, il faut une analogie. Elle existe en cas de prédécès de la femme. Elle existe aussi en cas de divorce : le mariage est dissous ; la femme n'est plus ni incapable ni en état de dépendance. (2)

Le délai d'un an commencera à courir de la transcription du jugement, qui rends seule définitive la dissolution du mariage.

L'article 8 n'a pas prévu le cas d'absence.

Si elle prend fin par le retour de l'absent ou la preuve de son existence, le mariage n'est pas dissous. Si elle cesse par la preuve de son décès, on retombe dans une des hypothèses précédentes ; le délai d'inscription commencera à courir au jour du décès (3).

(1) De Loynes, *loc. cit.*; Laurent, *Principes de droit civil*, I, n° 277 *in fine*.

(2) Dans le sens de l'application de l'article 8 à la femme divorcée : Trib. Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94. 2. 577 et la note de M. de Loynes; Aix, 9 mai 1898, D., 98. 2. 509.

3 Hue, XIII, n° 272.

On a proposé (1) une solution moins rigoureuse : le point de départ du délai d'un an serait seulement le jour où le décès a été connu de la femme ou de ses héritiers. L'année doit être une année utile ; tant que l'incertitude règne sur l'existence de l'absent, on ne peut leur reprocher de n'avoir pas pris une mesure conservatoire peut-être inutile.

Quand l'absence se prolonge indéfiniment, le Code permet aux héritiers de demander au bout d'un certain temps l'envoi en possession définitif des biens de l'absent. Malgré le silence de l'article 8, on doit, semble-t-il, faire courir le délai d'un an requis pour l'inscription à partir du jour où l'envoi en possession définitif est prononcé, ou même au jour où il peut être demandé (2). La loi règle la situation comme si l'absent était mort ; les actes de disposition sont permis aux envoyés en possession (art. 132), qui ne sont même plus tenus à aucune restitution de fruits (art. 127) ; la continuation de la communauté provoquée par l'époux présent cesse nécessairement ; il est procédé au partage des biens (art. 129) et l'on autorise les actions en rapport et même en réduction (3).

M. Huc maintient dans cette hypothèse la dispense d'inscription ; le mariage n'est pas dissous (4).

1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1509.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

(3) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n° 1223, 1225 et les autorités citées.

(4) Huc, *loc. cit.*

En tout cas, le décès de l'époux présent, qui entraîne la dissolution du mariage, fait évidemment courir le délai d'un an.

Lorsque le décès donne lieu à une constatation judiciaire, dans l'hypothèse prévue par la loi du 8 juin 1893, le délai d'un an ne doit être calculé qu'à partir du jour du jugement déclaratif du décès. S'en tenir à la date du décès serait compromettre les droits de la femme ou de ses héritiers, à qui on ne peut reprocher de ne pas s'être fait inscrire avant que le jugement n'ait proclamé la certitude du décès.

Certains auteurs (1) se prononcent même pour la date de la transcription du jugement sur les registres de l'état-civil. Mais c'est, croyons-nous, attacher à cette formalité une importance exagérée. L'article 8 parle de l'époque du décès, parce que c'est le décès qui dissout le mariage. Dans notre hypothèse, l'incertitude même du décès ne permet pas de faire courir immédiatement le délai ; mais le jour où le jugement intervient, le fait du décès devient certain. La transcription n'est qu'une mesure administrative destinée à assurer aux décès une publicité uniforme ; mais personne ne songerait, dans l'hypothèse d'un décès ordinaire, à faire partir le délai non du décès, mais de la rédaction de l'acte de décès. S'il en est autrement en matière de divorce, c'est que le

(1) Aubry et Rau, III, § 269, p. 512 ; Baudry-Lacantinerie et de Loy-
nes, II, n° 1510.

jugement qui le prononce crée une situation nouvelle, rendue définitive par la transcription seule. M. Huc (1) dit justement : « La transcription des jugements dont il s'agit a uniquement pour objet de centraliser dans un certain lieu la preuve des décès constatés, et il serait arbitraire de lui assigner un autre rôle. »

En cas d'annulation d'un mariage contracté de bonne foi par la femme, l'hypothèque légale maintenue à son profit devrait, par analogie, être inscrite dans l'année à compter du jour où le jugement ou l'arrêt annulant le mariage est devenu définitif (2).

La formule de l'article 8 n'est pas aussi compréhensive que les articles 60 à 64 de l'édit de 1673. L'expression qu'il emploie, dissolution du mariage, ne permet pas d'en étendre l'application à l'hypothèse de la séparation de biens (3), expressément prévue par l'édit. Le point de vue est différent. Les rédacteurs de 1673 attachaient la dispense d'inscription aux pouvoirs d'administration du mari ; quand cette administration cessait, cette mesure conservatoire rentrait dans les pouvoirs recouverts par la femme. Pour les auteurs de la loi de 1855, la clandestinité est la conséquence nécessaire de la dépendance de la femme : même quand elle recouvre une capacité partielle, cette dépendance, qui

1. Huc, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, p. 511, note 15 bis.

(3) En ce sens : Troplong, *De la transcription*, n° 308 ; Pont, II, n° 808 ; Beudant, II, n° 747 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 511, note 15 bis *in fine* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1511.

tient au lien conjugal, subsiste.

La solution inverse conduirait à soumettre à la publicité l'hypothèque de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens (1) et l'hypothèque garantissant les paraphernaux de la femme dotale.

Avant la loi du 6 février 1893, la dispense d'inscription ne faisait pas plus de doute pour la femme séparée de corps que dans le cas de séparation de biens. La cohabitation seule cessait ; sauf cette différence sans intérêt en notre matière, la situation de la femme était identique à celle d'une femme séparée de biens, au point de vue de la nécessité d'autorisation maritale.

Mais cette loi a rendu à la femme séparée de corps la pleine capacité civile. Si l'incapacité était le seul fondement de la clandestinité, le délai de l'article 8 devrait commencer au jour où la séparation de corps est prononcée.

Sans doute, la loi de 1855 n'a pu prévoir l'hypothèse telle qu'elle se présente sous le régime de la loi de 1893. Mais si l'on admet, comme pour le divorce, que l'article 8 peut être étendu par analogie à des cas impossibles à imaginer en 1855, pourquoi ne pas l'appliquer, depuis 1893, à la séparation de corps ? L'exposé des motifs parle des événements qui rendent à l'incapable la capacité d'action. Si on refuse d'y comprendre la séparation de biens, qui ne rend à la femme que la capacité d'administration, ne faut-il pas, tout au moins, y

(1) Thézard, n° 229.

englober tous les évènements qui lui restituent sa pleine capacité ? La dissolution du mariage a seule été indiquée dans le texte parce qu'en 1855, elle seule faisait cesser l'incapacité ; mais tous les faits qui, depuis, entraînent la même conséquence doivent aussi mettre fin à la dispense d'inscription.

En l'état du texte, cette solution doit cependant être rejetée. L'article 8 parle de la dissolution du mariage : cette expression permet bien de l'étendre au cas de divorce mais suffit pour l'écarter dans celui de séparation de corps.

Quel serait d'ailleurs le point de départ du délai, fixé par ce texte à la dissolution du mariage ? Il est arbitraire de faire courir le délai du jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif.

La force des deux autres objections ne peut être méconnue.

La séparation de corps laisse subsister le contrat de mariage et la dotalité. « Ne serait-il pas contraire à la raison et même à la loi de lui refuser (à la femme), d'une part, le droit de disposer de ses immeubles ou de ses biens dotaux, de lui refuser en conséquence le droit de céder son hypothèque légale ou d'y renoncer dans cette mesure, et de lui permettre, d'autre part, d'en compromettre l'exercice et l'efficacité par une simple abstention ? » (1)

(1) De Loynes, note sous trib. Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94. 2. 577, que nous ne faisons que résumer.

La séparation de corps peut prendre fin par la réconciliation des époux ; l'inscription de l'hypothèque par la femme, en froissant le mari, y mettrait peut-être obstacle.

Enfin, si une réconciliation intervient, la femme reste séparée de biens, à moins de rétablissement des conventions matrimoniales. (art. 1451) La dispense d'inscription renaît avec effet rétroactif. Si l'on admet que l'article 8 est applicable au cas de séparation de corps, les tiers qui ont traité avec le mari plus d'un an après la séparation de corps, sur la foi de la non-oppo-sabilité de l'hypothèque légale non inscrite, se verront primés, grâce à une réconciliation peut-être concertée frauduleusement entre les époux, par l'hypothèque de la femme.

Les auteurs de la loi de 1893 ont voulu simplement dispenser d'autorisation la femme séparée de corps. « Restent en vigueur, disent dans les mêmes termes les deux rapports, entre époux séparés, toutes les dispositions de la loi qui ne sont pas relatives à la capacité. » (1)

Or la dispense de publicité n'est pas une règle relative à la capacité (2).

Il est permis de regretter que la clandestinité survive

1) Rapport Arnault, déposé à la Chambre des députés le 28 novembre 1887, *Journal officiel* du 24 déc. 1887, annexes, p. 441 ; rapport Julien, déposé le 21 juin 1890, *Journal officiel* du 9 octobre 1890, Docum. parlem., p. 1262, col. 3.

(2) En ce sens, de Loynes, note D., 94. 2. 577 ; Huc, XIII, n° 270 ; Aubry et Rau, § 269, p. 512 ; Beudant, II, n° 747 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1512 ; Cf. Planiol, II, n° 3000.

à la séparation de corps. La situation faite à la femme séparée de corps par la loi de 1893 équivaut, malgré le maintien du lien conjugal, à une indépendance presque aussi complète que celle de la femme veuve ou divorcée. On aurait dû lui donner pour s'inscrire un délai d'un an à partir du jugement définitif ; en cas de réconciliation et à défaut d'inscription, on aurait sauvegardé les droits des tiers en donnant rang à l'hypothèque légale à la date de cette réconciliation, du jour où elle a été publiée conformément à l'article 311 ou du jour de la publication des conventions restaurant le régime matrimonial (1). Mais dans le silence des textes, ces solutions ne peuvent être préconisées que comme réforme législative et l'on doit s'en tenir à la dispense de publicité jusqu'à la dissolution du mariage.

Conformément aux principes généraux, l'inscription n'est plus nécessaire quand l'hypothèque a produit son effet légal. Si cet événement se réalise pendant le délai d'un an, l'hypothèque gardera sans inscription son rang primitif (2) : on peut, sur ce point, rapprocher l'inscription exigée par l'article 8 du renouvellement d'une inscription.

A quel moment précis l'hypothèque produit-elle son effet légal ? C'est une question vivement débattue, dans la discussion de laquelle nous n'avons pas à entrer ici.

(1) En ce sens, de Loynes, note précitée.

(2) Toulouse, 8 avril 1897, *Gaz. des Trib.*, 9 oct. 1897 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1518.

Remarquons-le seulement : il ne suffit pas que les reprises de la femme aient été liquidées, qu'elle ait saisi les biens du mari sur lui ou sur un tiers détenteur : l'inscription reste nécessaire jusqu'à la transformation des immeubles en argent et au transport de l'hypothèque de la chose sur le prix (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* ; Huc, XIII, n° 273 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 517-518 ; Agen, 5 mai 1858, D., 59. 2. 66 ; Toulouse, 19 mars 1861, D., 61. 2. 83.

CHAPITRE III

SANCTION DE L'ARTICLE 8

Le législateur ne pouvait, en rétablissant le principe de la publicité au moment où commence la capacité ou l'indépendance, exiger que l'inscription fût prise à cet instant même : sinon, la déchéance du rang hypothécaire se serait produite de plein droit. Il devait, comme le rédacteur de l'édit de 1673, considérer le fait modificatif d'état comme une mise en demeure de s'inscrire dans un délai déterminé. L'article 8 a fixé ce délai à une année à partir de la dissolution du mariage. Cet événement ne fait que donner naissance à l'obligation de s'inscrire. Tous les jours de l'année sont utiles, et la femme ou ses représentants sont en règle en s'inscrivant pourvu qu'ils ne laissent pas commencer la seconde année. Il en résulte que pendant tout le délai, l'hypothèque subsiste avec toutes ses prérogatives. Bien que non inscrite, elle reste efficace aussi bien que si la femme était encore sous la puissance du mari. Au point

de vue du rang, notamment, l'hypothèque remonte à la date fixée par l'article 2135, à quelque jour de l'année qu'elle soit inscrite, même s'il y a des créanciers inscrits avant la femme.

Des auteurs (1) ont prétendu voir une exception dans le cas d'immeubles acquis dans le délai d'un an après la dissolution du mariage ; l'hypothèque prendrait rang, non pas dès l'entrée de l'immeuble dans le patrimoine du mari, mais au jour de l'inscription. En effet, disent-ils, l'hypothèque n'existe plus indépendamment de l'inscription, parce qu'il n'y a plus d'incapable à protéger.

La réfutation de ce système a été faite par Pont (2), sans doute, il n'y a plus d'incapable, mais comme la loi ne peut l'abandonner au moment même où il est relevé de son incapacité, elle lui donne un délai ; pendant ce délai, l'hypothèque reste ce qu'elle était auparavant, c'est-à-dire une hypothèque prenant un rang indépendant de la date de l'inscription, si elle est inscrite dans l'année.

L'inscription doit être prise dans l'année. Le jour qui sert de point de départ n'est pas compris dans le délai, mais il en est autrement du jour de l'échéance. C'est l'application pure et simple des principes généraux (3).

(1) Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 124.

(2) Pont, II, n° 829.

(3) Hue, XIII, n° 272 ; Baudry-Lacantinerie et de Loyens, II, n° 1502.

D'après l'article 2146 du Code civil, le cours des inscriptions des hypothèques est arrêté par le jugement déclaratif de la faillite (et, depuis la loi du 4 mars 1889, de la liquidation judiciaire) du débiteur ou son décès suivi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession. Le législateur n'a pas voulu que le créancier pût se procurer une cause de préférence au moment où la composition de son patrimoine et les droits de chacun vont se trouver fixés par la liquidation qui commence.

La survenance de ces événements dans l'année de la dissolution du mariage n'empêchera cependant pas la femme de s'inscrire. Il ne s'agit pas de rendre opposable aux tiers, par l'inscription, une hypothèque encore inefficace à leur égard, mais de conserver à l'hypothèque une efficacité et un rang qu'elle avait déjà. La situation est tout à fait comparable à celle des inscriptions prises dans les dix ans en renouvellement d'une inscription antérieure : l'inscription ne donne pas le rang, mais conserve un rang déjà existant. Les événements de l'article 2146 n'y font pas obstacle.⁽¹⁾ Peu importe également que le mari ait vendu un des immeubles grevés et que l'acheteur ait fait transcrire son con-

(1) Pont, II, nos 890 et 895 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, VII, n° 289 ; Guillouard, III, nos 1133 et 1235 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 515 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1515 ; Planiol, II, 3035 ; Cass., 17 août 1868 (motifs, D., 68. I. 398 ; Caen, 27 janv. 1870, D., 71. 2. 99.

trat. Même après la transcription, la femme pourra s'inscrire jusqu'au dernier jour de l'année, pour conserver le rang antérieur à la vente qu'elle tient de l'article 2135, sauf l'effet de la purge, qui met en demeure les créanciers à hypothèque occulte de se faire connaître dans un bref délai.

A défaut d'inscription dans l'année de la dissolution du mariage, l'hypothèque de la femme n'est pas éteinte. (1) La formule de l'article 8 est beaucoup moins rigoureuse : l'hypothèque « ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » C'est le retour au principe du droit commun. L'hypothèque de la femme est primée par toutes celles que le mari a consenties pendant le mariage et que les créanciers ont fait inscrire avant elle ; elle cesse d'atteindre les immeubles aliénés par le mari, si les acquéreurs ont fait transcrire avant que la femme ne s'inscrive.

Autre conséquence du droit commun : les événements qui, d'après l'article 2146, arrêtent le cours des inscriptions, empêcheront la femme de faire publier son hypothèque. L'inscription aurait, en effet, pour but de rendre l'hypothèque opposable aux tiers et de lui attribuer un rang, non de lui conserver son rang antérieur,

(1) Pont, II, n° 836 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Colmet de Santerre, IX n° 107 *bis*-I ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1516. Cep. Req., 24 janv. 1898, D., 99. I. 109. Mais l'expression employée par la Cour suprême se trouvait exacte en fait pour un autre motif : l'immeuble grevé ayant été vendu par le mari et l'acheteur ayant transcrit, l'inscription de l'hypothèque n'était plus possible, et l'hypothèque était éteinte.

perdu par l'expiration du délai d'un an. (1)

L'article 448 al. 2 du Code de commerce donne au tribunal qui prononce la faillite la faculté d'annuler « les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent..., s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. » En se fondant sur ces derniers mots, on admet généralement (2) que cette disposition est étrangère aux hypothèques des incapables : attachées de plein droit au fait du mariage ou de la tutelle, elles ne résultent d'aucun acte de constitution.

Quelques auteurs et arrêts (3) décident pourtant en sens contraire. L'expiration du délai d'un an place les créanciers à hypothèque légale dans la même situation

(1) Pont, II, nos 890, 895 et 926 ; Colmet de Santerre, IX, n° 107 bis-IV et 120 bis-VI ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n° 289 ; Guillouard, III, nos 1133 et 1236 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, nos 1517 et 1590 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 515 et 516, texte et note 21 ; Boudant, II, n° 743 ; Planiol, II, n° 3035 ; Paris, 24 juin, 1862, D., 63. 2. 1 ; Cass. civ., 17 août 1868. D., 68. 1. 398 ; Rouen, 17 juin 1869, D., 72. 2. 215 ; Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185 ; Caen, 27 janv. 1870 ; D., 71. 2. 69 ; Lyon, 19 août 1871, D., 72. 5. 270 ; trib. Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94. 2. 577. — *Contrà* : Colmar, 15 janvier 1862, D., 62. 2. 101 ; Trib. Valence, 1^{er} mars 1866, D., 66. 3. 62.

(2) Troplong, *De la Transcription*, n° 317 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* VII, n° 415 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1591 ; Colmar, 15 janv. 1862, S. 62. 2. 122 ; Caen, 13 juin 1879, S., 80. 2. 201.

(3) Guillouard, III, nos 1237 et 1238 ; Aubry et Rau, III, § 269, p. 516-517, note 21 *in fine* ; Bordeaux, 4 avril 1876 (motifs), D., 79. 2. 267 ; Alger, 23 juin 1879, D., 80. 2. 33.

que les autres ; le retard apporté à l'inscription induit les tiers en erreur sur la solvabilité du mari et résulte peut-être d'un concert frauduleux ; il est naturel de fixer le point de départ du délai de quinzaine à l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage.

Nous croyons plus sûr de nous en tenir aux termes de l'article 448, qui, établissant une déchéance, doit être interprété restrictivement.

L'article 8 n'exige la publicité qu'à l'égard des tiers. Le défaut d'inscription ne pourra être opposé ni par le mari, ni par ses héritiers. La jurisprudence a appliqué cette solution à l'héritier du mari, même lorsqu'il invoque le privilège du copartageant, et aux cohéritiers qui invoquent l'hypothèque légale de leur mère : ils doivent venir tous au même rang, sans qu'il y lieu de tenir compte des dates des inscriptions prises par chacun, même après l'expiration de l'année de la dissolution du mariage (1).

Des auteurs (2) interprètent le mot tiers dans le sens de : ceux qui ont acquis des droits réels sur les immeubles grevés. Pourraient donc seuls opposer le défaut d'inscription les créanciers hypothécaires et acquéreurs du mari, à l'exclusion de ses créanciers chirographaires.

Cette opinion doit être repoussée. Si l'article 8 avait

(1) Première espèce : Nancy, 28 nov. 1877, D., 82. 1. 13. Deuxième espèce : Toulouse, 23 janv. 1903, D., 04. 2. 309.

(2) Pont, II, n° 836 ; Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 136.

voulu éliminer les créanciers chirographaires, il aurait employé, au lieu du terme très large de « tiers », les mêmes expressions que les articles 3 et 9. Ces articles se rapportent à une matière différente, celle de la transcription ; peut-on se fonder sur eux pour interpréter un article concernant les hypothèques ? D'ailleurs, pourquoi appliquer plutôt les règles de la transcription des actes à titre onéreux que celles de la transcription des actes à titre gratuit, dont le défaut peut être opposé même par les créanciers chirographaires ?

En réalité, la question doit être résolue comme pour les hypothèques soumises à la publicité, puisque, après l'expiration du délai d'un an, l'hypothèque légale de la femme se trouve à ce point de vue dans la même situation. Les créanciers chirographaires sont admis à opposer le défaut d'inscription d'une hypothèque consentie par le mari ou d'une hypothèque judiciaire : pourquoi en serait-il différemment pour l'hypothèque légale une fois assujettie à l'inscription (1).

Deux conséquences de la cessation de la dispense d'inscription doivent encore être indiquées.

En étudiant pour les différentes créances le rang de l'hypothèque dispensée d'inscription, nous n'avons pas eu à parler spécialement des intérêts de ces créances.

(1) En ce sens : Aubry et Rau, III, § 269, p. 521-522 ; Huc, XIII, n° 273 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1519 ; Cass. civ., 17 août 1868, D., 68.1.398 ; Orléans, 26 août 1869, D., 69.2.185.

L'article 2151, qui limite à trois années (loi du 17 juin 1893) leur collocation au rang du capital déroge au principe que l'accessoire est colloqué au même rang que le principal. Mais il suppose une hypothèque soumise à inscription. Pour les hypothèques occultes, les intérêts sont nécessairement colloqués comme accessoires du capital et au même rang. Avant la loi de 1855, les intérêts dus à la femme étaient indéfiniment garantis par l'hypothèque même du capital.

En exigeant l'inscription, l'article 8 de la loi de 1855 a eu pour conséquence de lui rendre applicable l'article 2151. Les intérêts courus tant que subsiste la dispense d'inscription, c'est-à-dire pendant le mariage et l'année qui suit sa dissolution, sont colloqués comme le principal (1). Les intérêts postérieurs ne bénéficient du même rang que pour trois années et, pour le reste, on traîne au jour d'une inscription spécialement prise (2). Il en est ainsi même quand la femme a fait inscrire son hypothèque dans l'année de la dissolution du mariage (3).

L'inscription de l'hypothèque légale peut devenir

(1) Pont, II, n° 1030 ; Colmet de Santerre, IX, n° 131 bis-XIV ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 1741 ; Guillouard, III, n° 1563 ; Aubry et Rau, III, § 285, p. 687 ; Rouen, 15 avril 1869, S., 70. 2. 149 ; Cass. civ., 26 janvier 1875, D., 75. 1. 52.

(2) Guillouard, III, n°s 1563 et 1567 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Req., 13 nov. 1889, D., 91. 1. 483.

(3) Pont, II, n° 1032 ; Thézard, n° 150 ; Colmet de Santerre, *loc. cit.* ; Guillouard, III, n° 1563 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, ; *loc. cit.* Agen, 14 janv. 1868, D., 68. 2. 81. Cf. Metz, 26 août 1863, S., 65.2.251.

nécessaire au cours même du mariage. Dans le cas de vente volontaire suivie de purge et les cas d'expropriation forcée ou pour cause d'utilité publique d'un des immeubles grevés, divers textes obligent les créanciers à hypothèque légale à se faire connaître dans de courts délais. Pour les deux premières hypothèses, on discutait vivement, avant 1858, si l'expiration sans inscription prise dans ces délais entraînait l'extinction complète de l'hypothèque ou la perte du droit de suite seulement. La loi du 21 mai 1858 (art. 717 et 772 *in fine* du Code de procédure) a tranché la question en ce dernier sens, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, comme l'avait déjà décidé l'article 17 de la loi du 3 mai 1841 pour le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

La femme non inscrite conserve son droit de préférence, en cas de saisie immobilière, à la condition de produire avant l'expiration du délai de quarante jours fixé par l'article 754 du Code de procédure, s'il a été ouvert un ordre judiciaire, avant la clôture de l'ordre, lorsqu'il se règle à l'amiable (art. 751 et 752 C. Pr. civ.); en cas d'aliénation volontaire, autant seulement qu'un ordre a été ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de l'article 2195 du Code civil (art. 772, al. 5., C. Pr. civ.)

Ces dispositions spéciales cessent de s'appliquer quand la purge ou l'expropriation n'ont lieu qu'après l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage.

La femme, n'ayant plus qu'une hypothèque soumise à inscription dans les termes du droit commun, se trouve placée dans la même situation que tout créancier hypothécaire et encourt la déchéance non seulement du droit de suite, mais du droit de préférence, à défaut d'inscription avant la transcription de l'acte d'aliénation ou du jugement d'adjudication, à défaut d'inscription dans la quinzaine du jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique. (1)

(1) Aubry et Rau, III, § 269. p. 521 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1520.

CONCLUSION

Le succinct tableau historique dont nous avons fait précéder l'étude du rang de l'hypothèque légale de la femme mariée en droit français permet de constater les progrès réalisés en cette matière par notre législation moderne.

Bénéficiaire dans le dernier état du droit romain d'une situation privilégiée, mais destructive de tout crédit pour les hommes mariés et les célibataires, la femme perd, dans notre ancienne jurisprudence, l'avantage exorbitant de la rétroactivité.

Le rang uniforme pour toutes ses créances que conserve son hypothèque soulève cependant encore, dans les cas de vente et d'obligation, des objections théoriques et pratiques, qui déterminent certaines coutumes à le diversifier.

Le Code civil consacre le système de ces coutumes, en généralisant même l'application du principe que l'hy-

pothèque ne peut être antérieure à la naissance de la créance.

Mais la dispense d'inscription, qui trouve sa justification dans l'incapacité de la femme mariée, paraît, maintenue après la dissolution du mariage, sacrifier sans raison les tiers. La loi du 23 mars 1855 vient enfin la limiter à la durée du mariage.

Tel que l'ont constitué l'article 2135 du Code civil et l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, le régime du rang de l'hypothèque de la femme mariée n'est cependant pas encore parfait.

Nous avons signalé la controverse qu'avait fait naître le défaut de concordance entre l'article 2135 et les articles 2194 et 2195. L'article 2135 offre des lacunes qu'il n'est pas toujours facile de combler, pour les frais d'instance en séparation de biens et les donations conditionnelles notamment. Son manque de netteté soulève pour les ventes dotales un vif dissentiment entre la doctrine et la jurisprudence, d'où les tiers sortent, en fait, injustement sacrifiés.

L'article 8 de la loi de 1855 ne paraît plus aujourd'hui assez compréhensif. Ses termes ne permettent pas d'y englober la séparation de corps et cette exclusion est regrettable, surtout depuis 1893. La séparation de biens même ne donnerait-elle pas à la femme une capacité suffisante pour s'inscrire ?

Et ces objections de détail conduisent à une question beaucoup plus grave. Nous l'avons montré, les disposi-

tions qui déterminent le rang hypothécaire de la femme sont la conséquence de la dispense d'inscription qui lui est accordée.

Or, s'il est équitable de la garantir par une hypothèque, même de plein droit, contre les pouvoirs reconnus au mari, nécessaires pour assurer à la vie conjugale l'unité de direction, cette dérogation au principe de la publicité, établi dans l'intérêt du crédit foncier, est-elle suffisamment justifiée ?

Discuter le fond de cette question dépasserait les limites d'une simple conclusion. Il suffit d'indiquer que la plupart des pays étrangers ont fait de l'inscription des hypothèques un principe absolu, applicable même aux femmes mariées et aux pupilles.

Les Codes italien, portugais et espagnol reconnaissent à la femme mariée une hypothèque légale, mais elle n'est opposable aux tiers, conformément au droit commun, que par une inscription spéciale quant aux immeubles et quant aux sommes garanties. En Italie, elle porte sur tous les immeubles appartenant au mari lors de la constitution de dot ; les sommes provenant de successions et donations sont garanties à la date des successions et donations.

La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 consacre un système original, reproduit dans son ensemble par le Code roumain de 1864.

La femme peut stipuler par contrat de mariage une

hypothèque, pour sa dot et ses reprises ; les immeubles grevés et les sommes garanties doivent y être spécialisés. Laurent (1) exclut en conséquence de cette garantie les droits qui ne naissent que pendant le mariage, de successions, donations, obligations et ventes.

En Roumanie, la dot aliénable est seule garantie, d'après Alexandresco (2), à l'exclusion des parapher-naux et des autres reprises.

Les auteurs belges ne sont pas d'accord sur le caractère conventionnel ou légal à reconnaître à cette hypothèque.

A défaut de stipulation du contrat de mariage ou en cas d'insuffisance de l'hypothèque, la femme autorisée par le président du tribunal et diverses autres personnes peuvent, au cours du mariage, requérir une inscription hypothécaire, en Belgique pour la dot, les conventions matrimoniales (et avantages légaux), les « causes de recours » contre le mari (donations et successions, obligations et ventes).

Le principe général de la publicité spéciale quant aux créances et aux immeubles, pour l'opposabilité des hypothèques aux tiers, s'applique à l'hypothèque de la femme mariée. Mais celle-ci est dispensée de renouvellement pendant le mariage et l'année qui suit sa dissolution.

Ces diverses législations assurent l'inscription de

(1) Laurent, XXX, n° 374-377.

(2) Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, page 94, note 3.

l'hypothèque en imposant au mari l'obligation et en reconnaissant à la femme et à des personnes de qualité variable, notamment les père et mère et le constituant de la dot, la faculté de la réquérir avant ou pendant le mariage. En Espagne, le notaire rédacteur du contrat de mariage en adresse un extrait dans les 48 heures au conservateur des hypothèques, qui, après un délai de 30 jours passé sans réquisition, inscrit l'hypothèque d'office.

L'Allemagne, l'Autriche et les Pays-Bas ne connaissent pas d'hypothèques légales proprement dites : l'inscription sur les registres fonciers est une condition d'existence même des droits réels.

Dans le Code civil suisse du 10 décembre 1907, la femme peut en tout temps requérir des sûretés, dont le refus l'autorise à demander la séparation de biens. Quand elle n'est pas désintéressée pour moitié de ses apports, la femme mariée sous le régime de communauté ou celui d'union de biens obtient un privilège pour le surplus de cette moitié (articles 211 et 224). Ces garanties sont d'ailleurs soumises au droit commun de la publicité.

Le système français ne s'est guère maintenu que dans la principauté de Monaco et le grand-duché de Luxembourg, dont les législations sont copiées sur notre Code civil.

Le projet déposé au Sénat, le 27 octobre 1896, par M. Darlan, Garde des sceaux, et issu des travaux de la

sous-commission juridique de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, soumettait à la publicité et à la spécialité les hypothèques des incapables. Mais la Cour de cassation, consultée à la demande de la Commission du Sénat, donna, dans son Assemblée générale du 29 décembre 1898, sur le rapport de M. le Conseiller Cotellet, un avis défavorable à ce projet. La Commission du Sénat, sur le rapport de M. Thézard, proposa le maintien du système du Code.

Vu :

Le Président de la Thèse,

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION.....	7

PREMIÈRE PARTIE

Questions générales

CHAPITRE PREMIER. — Historique.....	13
§ 1 ^{er} . — Droit romain	13
§ 2. — Ancien droit.....	15
§ 3. — Période intermédiaire.....	28
CHAPITRE II. — Principe d'interprétation de l'article 2135.....	30
Section I. — Histoire de l'article 2135.....	30
Section II. — Principe d'interprétation.....	43
§ 1 ^{er} . — Système de l'analogie	46
§ 2. — Système de la jurisprudence.....	50
§ 3. — Troisième système.....	56
Section III. — Des dérogations au rang fixé par l'article 2135	73

DEUXIÈME PARTIE

Du rang de l'hypothèque dispensée d'inscription

CHAPITRE PREMIER. — Des cas prévus par l'article 2135.....	79
Section I. — Créances garanties par une hypothèque à la date du mariage.....	79
§ 1 ^{er} . — De la dot.....	84
§ 2. — Des conventions matrimoniales.....	92
Section II. — Créances garanties par une hypothèque postérieure à la célébration du mariage....	100

§ 3. — Des successions et donations.....	100
§ 4. — Des obligations.....	117
§ 5. — Des aliénations.....	129
CHAPITRE II. — Hypothèses non prévues par l'art. 2135.....	159
§ 1 ^{er} . — Paraphernaux.....	159
§ 2. — Frais d'instances.....	169
A. — Autorisation de justice.....	169
B. — Séparation de biens.....	170
C. — Séparation de corps et divorce.....	174
D. — Conversion de séparation de corps en divorce.....	176
E. — Dommages-intérêts pour violation des devoirs conjugaux.....	178
§ 3. — Pension alimentaire.....	178
CHAPITRE III. — Conciliation de l'unité de créance et de la diversité des rangs de l'hypothèque.....	185

TROISIÈME PARTIE

Du rang de l'hypothèque soumise à l'inscription

CHAPITRE PREMIER. — Historique.....	191
CHAPITRE II. — Événements qui font cesser la dispense d'inscription.....	199
CHAPITRE III. — Sanction de l'article 8.....	215
CONCLUSION.....	225

